scheidung des Pomponius, so sagen sie gemeinschaftlich dieses aus: Ist ein *nomen* verpfändet, welches zu seinem Gegenstande Geld hat, so hat zwar der Innehaber dieses Pfandrechts ein *jus exigendi*, und macht sich durch das Empfangene bezahlt (Paulus); machte er dagegen, oder konnte er von seinem jus exigendi nicht Gebrauch machen, weil der dies solutionis noch nicht gekommen war, und inzwischen befriedigt der erste Schuldner seinen Gläubiger, so macht sich dieser letztere dadurch bezahlt, und dem Gläubiger desselben steht kein Pfandrecht an diesem Gelde zu (Pomponius). Besteht dagegen das Object der verpfändeten Forderung in einer Sache, so haftet diese dem Innehaber des verpfändeten nomen in allen Fällen, gleichviel ob er selbst von seinem jus exigendi Gebrauch macht (Paulus), oder ob sein Verpfänder auf Tradition der Sache klagt, und dieselbe auch tradirt erhält (Pomponius).

XIX.

Ueber die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung, nach römischem und gemeinem deutschen Recht.

Von Herrn Staatsprocurator Ludwig Bossel zu Coblenz.

Das Archiv für die civilistische Praxis (IV. S. 83) enthält Bemerkungen des Staatsraths, Präsidenten, Freiherrn von Seckendorf zu München über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung. Diese Bemerkungen wurden von der Redaction mit Noten versehen.

Später hat Herr Professor Hasse zu Bonn ihnen nochmals (im rheinischen Museum 1828. Heft 4.) Aufmerksamkeit

gewidmet. Es wird dort eine wissenschaftliche Begründung des Satzes versucht: „daß zur Erwerbung affirmativer und negativer Servituten durch Verjährung, nichts weiter erfordert werde, als zehn- und zwanzigjährige Ausübung des Rechts non vi, non clam, non precario, ohne Rücksicht auf Titel und guten Glauben."

Diese Grundsätze entsprechen weder den Gesetzen, noch den Forderungen des Lebens. Diese Ueberzeugung, die enge Verbindung der Lehre mit der Freiheit des Grundeigenthums, des Interesse an der geschichtlichen Feststellung einer uralten, wichtigen Controverse, über welche sich die verschiedenartigsten Ansichten gebildet haben, hat eine Forschung hervorgerufen, deren Resultate hiermit dem juristischen Publicum übergeben werden. Möge sie zugleich an die Achtung erinnern, welche man den althergebrachten, im Leben des Volkes weit verzweigten Rechtsbegriffen schuldig ist!

§. 1.

Die Römer unterscheiden zwischen Personal- und Real-Servituten. Personal-Servituten sind ususfructus und usus, Real-Servituten kommen vor bei praediis urbanis et rusticis, in solo et in superficie f. 3. de serv. Zwischen affirmativen und negativen Servituten unterscheiden die Rechtslehrer nicht ausdrücklich, wenn gleich die Sache sich findet. Die Eintheilung in ununterbrochene, in sichtbare und nicht sichtbare Servituten, gehört der neueren Zeit an.

§. 2.

Das Wort servitus wird ursprünglich allein für die **ausdrückliche**, auf rechtsbeständige Art erfolgte Errichtung der Servitut gebraucht. Aus einer solchen Servitut entsteht die actio confessoria. Die Verjährung soll **an die Stelle** rechtsgültiger Errichtung treten. Sie giebt keine actio confessoria, sondern eine act. conf. *utilis*.

Deshalb heißt es f. 10. §. 1. si serv. vind., die actio utilis finde statt *exemplo* ceterarum servitutium. Diese Worte beziehen sich auf die Art der Entstehung der Servi-

tuten und sprechen die Gleichstellung der durch Verjährung begründeten Servitut mit der servitus jure constituta aus. Nach f. 1. §. 23. de *aq.* pluv. arcenda giebt der nur unvordenkliche Besitz von Dämmen und Gräben auf einem benachbarten Grundstücke eine *quasi* servitus. Eine lange fortgesetzte Gewohnheit tritt nach c. 1. de serv. et aqua an die Stelle der ausdrücklich errichteten Servitut *vicem servitutis* obtinet. — Nur ausdrücklicher Bestellung wird gedacht im fr. 5. §. 9. de Novi oper. nunc, wo von den Ursachen der novi operis nunciatio die Rede ist: impostitiam (causam esse) cum quis: posteaquam jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam *servitutem* aedibus suis *imposuit*, contra servitutem fecit: fr. 1. §. 39. de aqua cott. et aestiva, betreffend die Interdicte, sagt, ad eos pertinent, qui (aquam a capite) ducunt, vel *imposita* servitute, vel quia putant *impositam*.

Der Sprachgebrauch deutet demnach schon darauf hin, daß die Römer für die Erwerbung der Servituten eine andere Grundlage hatten, als wir, da bei uns die Verjährung seit der Reception des römischen Rechts, (wie sich ergeben wird, in Folge einer irrigen Auslegung der Glossatoren), die gewöhnliche Art der Erwerbung der Servituten geworden ist. —

Die eigenthümliche römische Art der Entstehung der Servituten erklärt es, weshalb die justinianische Sammlung so viele Beispiele von Verträgen und letztwilligen Verfügungen enthält, durch welche Servituten errichtet worden sind.

§. 3.

Gehen wir davon aus, daß zu irgend einer Zeit Servituten an praediis italicis nicht durch Verjährung erworben werden konnten, so mußte damals auch die a non domino an einem praedio italico bestellte Servitut aufhören, wenn der dominus das praedium vindicirte und nachdem es ihm zuerkannt worden war, die Servitut negirte. Aus einer a non domino bestellten Servitut konnte die exceptio pacti vel doli gegen den Paciscenten hervorgehen; Interdicte konnten

dadurch begründet werden; das Recht gegen jeden Dritten mußte nothwendig von der Bestellung der Servitut a domino abhängig seyn.

§. 4.

Die Servituten sind Rechte, die vom Eigenthum abgesondert werden. Die Theorie des Eigenthums findet nach römischem Rechte auf sie Anwendung. Dieses Verhältniß bezeichnen die Ausdrücke dominium servitutis, vindicatio servitutis. Der Servitutberechtigte hat an das Grundstück, so weit die in der Servitut begriffenen Rechte gehen, Rechte des Eigenthümers. Die actio confessoria ist deshalb auch eine *vindicatio* servitutis. Die actio confessoria utilis ist ihr durch prätorisches Recht nachgebildet.

§. 5.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß die Worte constituere, imponere servitutem anfangs allein von rechtsbeständiger civilrechtlicher Errichtung der Servitut gebraucht worden sind. Ihnen mochten für die a non domino bestellten Servituten jene entgegenstehen: servitutem *jure non* constituit, *jure non* imposuit. Erst später gab der Praetor durch die actio publiciana solchen Servituten, die civilrechtlich keine Gültigkeit hatten, ein Klagerecht: seit jener Zeit können die Worte constituere, imponere servitutem auch für prätorische Servituten gebraucht worden seyn. Man bedurfte nun, um die civilrechtlich bestellten Servituten von den prätorischen zu unterscheiden, besonderer Kunstwörter, und als solche finden wir für die civilrechtlichen Servituten servitutem jure constituere, jure imponere, für die prätorischen constituere, imponere schlechtweg. Diese Kunstwörter werden sowohl bei dem Erwerbe, als bei dem Verluste der Servituten einander entgegengesetzt.

Ulp. ad Sabinum f., Quib. mod. ususfr. amitt. Et parvi refert, utrum *jure* (civilrechtlich, a domino) *sit constitutus* ususfructus, an vero tuitione Praetoris (durch prätorisches Recht) proinde traditus quoque ususfructus;

item in fundo vectigali vel superficie (an Grundstücken der Art fand eine civilrechtliche Bestellung der Servitut gar nicht statt) *non jure* constitutus, capitis minutione amittitur. Cf. Fragm. vatic. de usufr.

Ulp. ad Ed. f. 9. §. 1. usufr. quemadm. careat. Illud sciendum est, sive *jure ipso* quis usumfructum habet, sive etiam per *tuitionem Praetoris*, nihilominus cogendum esse fructuarium cavere, aut actiones suscipere.

Ulp. ad Ed. f. 1. §. 9. de superficiebus. Servitutes quoque praetorio jure constituentur, (nämlich an Grundstücken, woran superficies statt fand,) et ipsae ad exemplum earum, quae *ipso jure* constitutae sunt, utilibus actionibus petentur.

Papin. lib. quaest. f. 4. pr. de servit. Servitutes *ipso quidem* jure neque ad tempus, neque ex tempore, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt: sed tamen si haec adjiciantur, *pacti* vel per doli *exceptionem* occurretur, contra *placita* servitutum vindicanti §. 2. intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutae servitutis.

Gajus ad Editt. provinc. f. 3. Comm. Praed. duorum praediorum *dominus*, si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intelligitur.

Diese Kunstwörter sind zu beachten bei der Auslegung der die Ersitzung betreffenden Stellen aus Ulpianus ad Edictum f. 10. si serv. vind. f. 5. §. 3. de itin. actuque privata.

§. 6.

So wie die Worte dominium, vindicatio servitutis vorkommen, finden wir auch jene possidere servitutem, possessio servitutis, und zwar wo von dem Rechte, als einem Theile des Eigenthümers die Rede ist, nicht von der factischen Ausübung, die durch uti, usus servitutis bezeichnet wird.

Julian. Digest. f. 3. si usus fr. pet. Qui usumfructum *traditum* sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto si *legitime* (Gaji Comment. II. §. 24) ejus factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum non habet, est enim absurdum, plus juris habere eos, qui *possessionem* duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sunt. Die Stelle betrifft den Verlust des ususfructus durch non usus, der ursprünglich bei den civilrechtlich gegründeten, analog bei den prätorischen Servituten statt fand. Possessio bezeichnet den Besitz, welchem traditio ex justa causa vorhergieng. *Possessio* ususfr. steht dem civilrechtlichen *dominium* ususfructus gegenüber, legis actio als civilrechtliche Erwerbungsart, der traditio, die bei den Servituten eine durch den Praetor gebildete *quasi* traditio, nicht die gewöhnliche traditio (juris gentium) ist (§. 10.).

Paul. ad Sabin. f. 20. de serv. urb. p. Servitutes, quae in superficie (f. 3. de serv.) consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc eat *immissum habeam*, per causam tigni possideo *habendi consuetudinem*. Idem eveniet etsi mœnianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero, quia *in tuo* aliquid *utor*, etsi facto quodam possideo.

Cessi digest. f. 7. de itin. actuque priv. *Jus fundi possedisse* oportet Ulp. ad Ed. f. 1. §. 4. ib. Si quis hoc interdicto utatur, sufficit — probare, iter *in usu* habuisse.

Diese possessio der Servitut, eines vom Eigenthume abgezweigten Rechts, wird nicht als eigentliche possessio betrachtet, weil ihr Gegenstand nicht eine körperliche Sache ist, sondern ein Recht auf eine fremde körperliche Sache; sie ist eine quasi possessio.

Jul. digest. f. 32. §. 1. de serv. urb. Natura enim servitutium est, ut possideri non possint.

Paul. ad Edict. f. 3. de adq. poss. Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

Id. f. 4. §. 27. de ususf. — nec possideri intelligitur jus incorporale.

Gajus IV. §. 139. Certis igitur ex causis Praetor — principaliter autoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut *quasi* possessione inter aliquos contenditur. F. 10. pr. si serv. vind. f. 5. §. 3. de itin. actuq. priv.

§. 7.

Der usus servitutis, die factische Ausübung der Servitut hat nun gewisse Eigenthümlichkeiten, die jenen der possessio, deren Begriffe er nachgebildet ist, entsprechen. — So kommt ein usus vor, der von der Absicht ein Recht auszuüben, nicht begleitet, folglich ein usus im rechtlichen Sinne nicht ist, ferner ein usus ad interdicta, der animus possidendi voraussetzt und non vi, non clam, non precario statt finden muß, ja selbst eine quasi possessio, welcher die quasi traditio vorhergeht; aus welcher die actio Publiciana entsteht; die nach prätorischem Rechte ad longam quasi possessionem führt, wie die possessio civilis zur civilrechtlichen usucapio (§. 16).

Ulp. ad Ed. f. 1. §. 6. de itin. actuq. priv. Vivianus ait, eum, qui propter incommoditatem rivi aut propterea quod via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quominus id frequenter faceret, *non videri omnino usum*, itaque inutile esse interdictum, non quia precario usum, sed quia *nec usum*.

Celsi digest. f. 7. ib. Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis non tamen, tanquam *id suo jure* faceret, sed si prohiberetur, non facturus: inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi* possedisse oportet.

Paul. sentent. f. 25. Quemadm. serv. amitt. Servitute *usus* non videtur, nisi is, qui *suo jure* uti se credidit.

Ulp. ad Ed. f. 1. §. 12. de itin. Si quis supradicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere *usus* fit, verum postea *non fit usus*, *sed clam precariove*, videndum est, an ei noceat: et magis est, ut nihil noceat, quod attinet ad interdictum.

§. 8.

Nach römischem Civilrechte existirt usucapio eigentlich nur für körperliche Sachen. *Usus* autoritas *fundi* biennium, ceterarum rerum annus esto Gajus II. §. 42. 54. Possessio *usus* possidendi agri aut aedificii est Festus ex Aelio Gallo. Die hereditas allein wurde, obgleich sie zu den unkörperlichen Sachen gehört, zu den ceteris rebus der 12 Tafeln gerechnet, aber als Ausnahme, ut essent, qui *sacra* facerent et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur Gajus II. §. 55. Ususfructus und Prädial-Servituten sind nicht Gegenstände der usucapio Gajus II. §. 19. f. 14. de serv. f. 4. §. 29. de ususf. Unkörperliche Sachen können nicht usucapirt werden, weil die positiven civilrechtlichen Erfordernisse der usucapio dabei nicht eintreten, nämlich eigentliche traditio ex justa causa und eigentliche possessio. — Erst durch prätorisches Recht sind die Begriffe von quasi traditio und quasi possessio entstanden.

§. 9.

Die Römer unterscheiden zwischen res mancipi und nec mancipi. Res *mancipi* gehen über durch Mancipation Gajus I. §. 113. 119. Est autem mancipatio imaginaria quaedam venditio, quod et *ipsum jus proprium civium* Romanorum est. Sie können auch per in jure cessionem übertragen werden ib. II. §. 12. Diese findet statt apud magistratum, praetorem vel praesidem provinciae, sie ist eine legis actio II. §. 24., ein jus proprium civium Romanorum, sie war zu Gajus Zeiten viel seltner, als die Mancipation. Zu den res mancipi gehörten insbesondere praedia tam urbana, quam rustica, quae

et ipsa mancipi sunt, *qualia sunt italica* II. §. 120. Servitutes praediorum rusticorum II. §. 17. Tradirte praedia italica waren in bonis und wurden durch usucapio in römisches Eigenthum verwandelt. II. §. 26. 41. — Zu den res *nec mancipi* gehören die servitutes personales et praediorum urbanorum, so wie alle incorporalia. Die res nec mancipi *corporales* gehen über durch Tradition und durch usucapio zum römischen Eigenthum II. §. 19. 43. Ususfructus und serv. praed. urbanorum an praediis italicis werden übereignet durch in jure cessio, *quia et ipsa praedia* mancipationem et in jure cessionem recipiunt Gajus II. §. 31. Die Form der Erwerbung richtet sich also nach der Eigenschaft der Grundstücke, an welchen die Servituten statt finden.

In den ältesten Zeiten hat zu Rom nur eine Art von Eigenthum bestanden, später bildete sich der Unterschied zwischen dem in bonis habere et ex jure Quiritium in dominio esse Gajus I. §. 54. II. §. 40. III. §. 166. Zimmern im rhein. Museum III. 3. Die Servituten an praediis italicis nehmen Theil an der Eigenschaft der Grundstücke und können, obgleich in corporalia, im römischen Eigenthume seyn. Es findet sich bei ihnen das Eigenthümliche, daß nur abgeleitete civilrechtliche Erwerbungsarten dabei vorkommen, nicht die modi adquirendi originarii z. E. Occupation, nicht die traditio, die juris gentium ist. Fragm. Vatic. de usufr. *Civili* enim actione *constitui* potest (ususfructus), non *traditione*, quae juris gentium est. Sie sind demnach civilrechtlich entweder im römischen Eigenthum d. h. a domino nach römischer Form bestellt, oder sie finden mit rechtlicher Wirkung gegen den dominus gar nicht statt. Nur bei Verträgen kömmt gegen den Paciscenten eine Einrede vor f. 4. de serv. pr. urb. (§. 5.)

Als römische Erwerbarten der Servituten finden wir außer der Mancipatio (bei serv. praed. rusticorum) und der in jure cessio (bei allen Servituten) angegeben:

1. deductio ususfructus bei der Mancipatio eines fundi, der im römischen Eigenthum war Gajus II. §. 33. f. 36. 37. de usufr. Die Fragm. Vat. setzen hinzu: Et per in jure cessionem et deduci et dari potest, was aber die res nec mancipi betrifft, in re nec mancipi *per traditionem* deduci ususfructus non potest.

2. legatum II. §. 194. Item per *vindicationem* legata post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit: et si eam rem legatarius vel ab herede, vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, *vindicare* debet, id est intendere suam rem ex jure Quiritium esse §. 196. per vindicationem legantur res, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt.

3. adjudicatio II. §. 42. est pars formulae, qua permittitur judici rem alienis ex litigatoribus adjudicare: velut si inter coheredes familiae erciscundae agetur aut inter socios communi dividundo aut inter vicinos finium regundorum cf. Fragm. Vat. de usufr.

In Absicht der sententia judicis heißt es f. 8. §. 4. si serv. vind. (Ulp. ad Ed.) Etsi is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus *cedi:* sive recte pronunciatum est, quin habet, sive perperam, quia per sententiam *non* debet servitus *constitui*, sed quae *est declarari.*

Die Mancipatio als Erwerbart römischen Eigenthums, dessen Begriff Justinian durch die Constitution de nudo jure Quiritium tollendo völlig aufgehoben hatte, ist aus den Pandecten verschwunden. Daß sie noch zur Zeit der classischen Juristen üblich war, erhellet aus Gajus und den Fragm. Vatic.

Von der in jure cessio scheint cessio, cedere übrig geblieben zu seyn, was häufig vorkömmt, z. E. f. 9. de serv. f. 14. de serv. pr. r. Si cui — vior fundum cedatur *vel* relinquatur f. 4. de *aq.* cott. et aestiva.

Ob Servituten an praed. italicis civilrechtlich durch

Stipulationen begründet werden konnten, ist zweifelhaft. Nur die Formel Dare spondes? spondeo könnte Anwendung finden, da die andere verborum obligationes nicht juris civilis, sondern juris gentium waren. Gajus III. §. 93. II. §. 38. heißt es *obligationes* quoquo modo contractae *nihil eorum* (scilicet mancipationis et in jure cessionis) recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res *corporales* (II. §. 31.) ad alium *transferuntur*, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu *ab eo stipuleris*. Cf. Fragm. vatic. de usufr. Die Stellen, welche von stipulatio sprechen, scheinen sich demnach auf die Abrede, die der römischen Erwerbart vorherging, so weit nämlich vom fundo italico die Rede ist, zu beziehen.

Gajus lib. aureor. f. 3. de usufr. sagt: Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. Damit stimmen überein die Commentarien des Gajus, der von Provincialgrundstücken (II. §. 7. 21.) sagt, II. §. 31., *alioquin* in *provincialibus praediis* sive quis usumfructum ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere *potest*. Die Institutionen bezeichnen den damals allgemein bestehenden Rechtszustand (II. 4.) in den Worten: sine testamento vero si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere *debet*. Das fr. 3. de usufr. scheint demnach bei der Redaction der justin. Sammlung allgemein angewandt worden zu seyn, wozu die Redaction nach der const. Deo Auctore §. 7. wohl befugt waren.

In Absicht der Erwerbung der Servituten finden wir aus Gajus ad Ed. provinciali eine Stelle f. 5. de serv. Via, iter, actus, ductus aquae iisdem *fere* modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus. Die bezügliche Stelle des Ed. prov. ist nicht mitgetheilt. F. 6. de usufr. ist zwar aus Gaj. ad Ed. prov.

spricht aber nur von der Erwerbung des ususfr. durch Legat und Adjudication. In den Provinzen konnte übrigens römisches Eigenthum vorkommen Gajus II. §. 32. — Versteht man das f. 5. de serv. davon, so würde der Unterschied, welchen das Wort fere andeutet, schon durch die deductio ususfructus bei der mancipatio fundi erklärt werden, die bei andern Servituten nicht vorkömmt.

Es ergiebt sich demnach, daß die Servituten an italischen Grundstücken civilrechtlich auf dieselbe Weise erworben wurden, wie das Eigenthum, daß die modi adquirendi juris gentium dabei nicht vorkamen, daß allein die *jure constitutae* servitutes gegen jeden dritten und insbesondre den nicht vertragsmäßig verpflichteten dominus Wirkung hatten, daß es an einer usucapio servitutium im älteren Rechte fehlte. Die Servituten mußten entweder **civilrechtlich bestellt** seyn, a domino, jure Quiritium, oder sie hatten **nicht die Kraft dinglicher Rechte.**

§. 10.

Auf dieser Grundlage hat sich bei den Servituten an praediis italicis durch prätorisches Recht eine quasi traditio, früher schon eine quasi possessio gebildet: wann? wissen wir nicht. Nach fr. 20. de serv. scheinen die Schulen des Labeo und des Capito über die traditio uneinig gewesen zu seyn. Labeo (unter August) nahm an, es finde keine Tradition bei Servituten statt „Javolenus (unter Trojan, aus der Schule des Capito) statuirte sie dagegen. Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri[1], quominus eo jure uti possit, *quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset*. Ego puto *usum ejus juris pro traditione possessionis* accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria *constituta sunt*. Aus der Anwendung des Begriffes der Tradition auf die Servituten mag sich jener der publicianischen Klage ergeben haben, es ist unbekannt, in welchem Zeitpunkte? Zu Ulpians Zeiten finden wir sie in Uebung. Instit. Ulp. f. 1. §. 2. de serv. praed.

rust. Traditio plane et patientia servitutium *inducet officium Praetoris.* Ulp. ad Ed. f. 11. §. 1. de act. Publ. Si de usufructu agatur tradito (usus juris pro traditione accipitur f. 20. l. c.) *Publicianos* datur. Item servitutibus urbanorum praediorum per traditionem *constitutis vel per patientiam*, forte si per domum suam quis passus est, aquaeductum transduci, item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam *tuendam* esse constat. Die publicianische Klage setzt traditio ex justa causa, a non domino usucapio nondum perfecta voraus, sie kann aber ausnahmsweise zufolge des prätorischen Rechts auch statt finden an vectigalia et alia praedia quae usucapi non possunt f. 12. §. 2. de Publ. act. Vermöge prätorischen Rechts können daran auch Servituten bestellt werden f. 1. §. 9. de superf., mit welchen act. publ. verbunden ist. Die quasi traditio et actio publiciana scheinen nun bei den praed. italicis die Einleitung dazu gegeben zu haben, um der servitus a non domino, die bisher bloß durch Interdikte geschützt wurde f. 20. de serv. in fine, auch einen rechtlichen Werth zu verleihen. Publiciana ad instar proprietatis, non ad instar possessioni respicit f. 3. §. 6. de P. A. Ein Haupthinderniß der Anwendung des civilrechtlichen Begriffes der usucapio auf Servituten (usucapio est adjectio dominii, (nämlich zur bonae fidei possessio) per continuationem possessionis tempore lege definiti f. 3. de ususf.) war bei der praed. ital. nun beseitigt: incorporales res *traditionem et usucapionem* non recipere manifestum est Gaj. ad Ed. prov. f. 43. de adq. rer. dom. Möglich ist es, daß die Jurisprudenz nun zu irgend einer, nicht genau zu bestimmenden Zeit das zweite Requisit der usucapio, die possessio, durch Anwendung des Begriffes der quasi possessio auf die usucapio bildete, wenigstens bei den servitutibus praediorum urbanorum, wo eine *continua* quasi possessio, z. E. beim tignum immissum vorkömmt f. 14. de serv. f. 20. de serv. urb. f. 11. §. 1. de act. Publ. item

rusticorum, nam *et hic* etc. f. 4. §. 29. de ususf. In diesen Zeitpunkt würde die Bildung einer quasi usucapio servitutium praediorum urbanorum gefallen seyn, die als unvereinbar mit den hergebrachten Rechtsbegriffen oder auch allgemeinen Rücksichten durch die so sehr zweifelhaft gebliebene lex Scribonia aufgehoben werden mögte Diese lex Scribonia, deren Umfang sich nicht mit Genauigkeit bestimmen läßt, findet sich erwähnt bei Paulus ad Ed f. 4. §. 29. de ususf. et usus. Libertatum servitutium usucapi posse, verius est: quia *eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem* constituebat: non etiam eam, quae libertatem praestat, sublata servitute. Itaque, si cum tibi servitutem deberem, ne mihi liceret altius aedificare et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

§. 11.

An drei Stellen der justin. Sammlung finden wir eine longi temporis quasi possessio der Servituten erwähnt. Zwei von ihnen beziehen sich auf praedia italica und bezeugen die prätorische Rechtsbildung, die dritte betrifft praedia provincialia. Durch diese Quellen ist uns von den Redactoren die Lehre von der Besitzung der Servituten überliefert worden.

Die erste und richtigste Stelle ist aus Ulpianus lib. 53. ad Edictum f. 10. si servitus vindicetur.

Si quis diuturno usu *et* longa quasi possessione, jus aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse, docere *de jure*, *quo aqua constituta* est, veluti *ex* legato vel alio modo: sed *utilem* habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot *usum* se, non vi, non clam, non precario.

Wenn jemand durch langjährigen Gebrauch und langen Quasibesitz das Recht der Wasserleitung erlangt hat, braucht er nicht nachzuweisen, durch welches Recht das Wasser ihm hingegeben wurde, gleichsam aus einem Legat oder auf andere Art, sondern er hat eine analoge Klage, daß er darthue, er habe so und so viel Jahre hindurch Gebrauch gemacht, ohne Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise.

§. 1. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum ducitur: verum etiam *cum omnibus* agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. Et generaliter, *quicunque aquae ducere impediat*, hac actione cum eo experiri poterit.

§. 1. Diese Klage findet aber nicht nur statt gegen den, auf dessen Acker das Wasser entspringt oder durch dessen Grundstück es abgeleitet wird, sie kann vielmehr angestellt werden gegen alle, welche an der Leitung des Wassers hindern, nach Art der sonst bestehenden Dienstbarkeiten. Im Allgemeinen kann jeder, der an der Leitung des Wassers hindert, durch diese Klage belangt werden.

Auf die Auslegung dieser Stelle ist eigentlich die Ansicht gegründet, daß es zur Erwerbung der Servituten durch Verjährung einer justa causa quasi traditionis und der bona fides nicht bedürfe und daß nichts weiter als 10 und 20jähriger freier Quasibesitz erfordert werde. Diese Ansicht, die seit Donnellus und Vinnius sct. Quaest. l. 31. sich in die Lehrbücher verbreitet hat, wird nach dem rhein. Museum II. 4. von angesehenen deutschen Rechtslehrern z. E. von Haubold, Heise, Hasse, Unterholzner für die richtige gehalten; die juristische Facultät zu Bonn ist ihr, selbst in Absicht der negativen Servituten, beigetreten. Mit welchem Rechte die Schule diese Richtung genommen habe? soll die folgende Untersuchung zeigen.

§. 12.

Zuerst ist zu bemerken, daß die Stelle das jus aquae ducendae (f. 5. pr. de serv. f. 1. pr. de serv. pr. rust.) und zwar das Wasser, von welchem ein nützlicher Gebrauch zu machen ist, betrifft, also eine servitus praediorum rusticorum affirmativa. Solchen Wasserleitungen sind im römischen Rechte mehrere Titel gewidmet de aqua cottid. vel aestiva, de rivis, Cod. de aquaeducta. Es scheint, daß dieser Gegenstand wegen der südlichen Lage der meisten Pro-

vinzen des Reichs besonders wichtig war und daß sich aus den Entscheidungen der Juristen ein sehr reicher Stoff zur Aufnahme in die justin. Sammlung ergab. Nach der Eigenthümlichkeit des römischen Rechts ist demnach zu erwarten, daß diese Lehre auf geschichtlicher Grundlage vollständig und consequent durchgeführt seyn werde und diese Erwartung finden wir auch durch die vorhandenen Fragmente fast sämmtlich aus Eines Schriftstellers, Ulpians Werken entnommen, durchaus gerechtfertigt.

§. 13.

Die Juristen, welche nach f. 10. si serv. vind. in den Worten „ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario" alle Requisite der Ersitzung der Servituten finden, wie Hasse an der angeführten Stelle des rhein. Mus., dürften nun zuvörderst zu erklären haben, weshalb Ulpian des Erfordernisses einer res habilis nicht gedachte, da doch nicht an allen Arten von Grundstücken Servituten durch Ersitzung erworben werden konnten? Die Worte ut ostendat etc. können also keine vollständige Theorie der Ersitzung der Servituten enthalten. Ulpian scheint vielmehr dieses Requisites nicht zu gedenken, weil alle regelmäßige Erfordernisse sich in dem Begriffe longa quasi possessio vereinigt finden.

Ein zweiter Einwurf betrifft das Erforderniß der bona fides. — Das f. 10. l. c. geht, wie bemerkt, auf das Wasser, von welchem ein nützlicher Gebrauch zu machen ist. Nun sagt Ulpian ad Edict. f. 1. §. 9. 10. de aqua cott. vel aestiva. Et *qualiter* sit *constitutum jus aquae*, dicendum est, hoc interdictum locum habere. Sed etsi *jure* aqua *non debetur* alicui, si tamen jure ducere se putavit: cum non in jure sed *in facto erravit*, dicendum est, (eoque jure utimur) ut Interdicto hoc uti possit. sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit. ib §. 39. Superiora interdicta (de aqua cott. vel aestiva) ad eos pertinent,

qui a capite ducunt, *vel imposita servitute*, vel quia putant *impositam*. Zum Interdictenbesitze der Wasserleitung wird also, wo überhaupt von einer Servitut die Rede ist (f. 1. §. 12. c. cit.) schon erfordert, daß das Recht dazu ausdrücklich bestellt sey, constituta aqua oder daß man in der durch einen Irrthum in Thatsachen begründeten Meinung stehe, es habe wirklich eine ausdrückliche Bestellung statt gefunden. Es ist hier also das Requisit der bona fides vorhanden, welches mit der justa causa possessionis genau verbunden ist, durch eine wirkliche oder vermeintliche, immer auf Thatsachen gegründete, Kenntniß des Erwerbtitels bedingt wird. Will man nun mit Hasse l. c. das f. 10. von einem langjährigen Quasibesitze der Wasserleitungen verstehen, der keine andere Erforderniſſe hat, als der Interdictenbesitz, so wird man bei der *longa* quasi possessio doch nicht weniger fordern können, folglich diesen Besitz auch vollständig annehmen müssen, also, so weit es die servitus aquae cottidianae vel aestivae betrifft, verbunden mit constituta aqua oder opinio vere constitutam esse. Dann wird sich aber die Frage ergeben, ob man die bona fides generalisiren will, was schon älteren Juristen z. E. Pufendorf obs. I. 32. gethan haben, oder ob man vorzieht, sie auf die serv. aquae cott. vel aestivae, etwa als Ausnahme von der Regel, zu beschränken? wofür es auch an Stimmen nicht fehlen dürfte. — Es mag dieses als zweiter Grund gelten, dafür, daß die Worte ut ostendat etc. nicht alle Erforderniſſe der Ersitzung der Servituten bezeichnen sollen. —

§. 14.

Die Vertheidiger jener Ansicht würdigen auch nicht gebührend, daß die ganze Lehre vom Rechte und Besitze der Servitut, von der actio confessoria und publiciana, auf die Grundsätze vom Eigenthume und Besitze, von der vindicatio und actio publiciana körperlicher Sachen gebaut ist, daß sie sich aus diesen Grundsätzen, wie die Vergleichung des Details ergiebt, überall erzeugt, daß sie sich höchst unvollkommen

ausgebildet haben müßte, wenn man genöthigt wäre, sie zu isoliren und durch Spaltung der Begriffe aus dem Zusammenhange, zu welchem sie gehört, aus dem Leben, in welchem sie entstanden ist, aus dem Systeme eines positiven Rechtes, in welchem sie die passende Stelle einnimmt, zu trennen. Schon wegen dieser engen Verbindung zwischen Eigenthum und Servitut, Rechte am Eigenthum, einem Theile des Eigenthums, läßt sich nicht glauben, daß die Erwerbung der Servituten durch Verjährung sich auf ganz verschiedene Weise gebildet haben sollte. — Man scheint überdem nicht zu berücksichtigen, daß eine usucapio der Servituten nicht gestattet war, während wir sie bei Immobilien selbst finden, deren Erwerbung überhaupt viel günstiger behandelt ist. Wie unwahrscheinlich ist es nicht, daß die longa *quasi* possessio nur 10- und 20jährige Ausübung einer Servitut erfordert haben sollte, während die longi temporis possessionis praescriptis von Immobilien nicht nur eine zur Besitzung geeignete Sache, sondern auch justa causa traditionis und bona fides voraussetzt; daß die römischen Juristen keinen Unterschied gesehen haben sollten, zwischen den Fällen, wo justa causa et bona fides und jenen, wo zwar fehlerfreier Quasibesitz, aber keine justa causa und überdem aperta *mala* fides, z. E. Collusion, Betrug vorhanden war! — Solche Ansichten konnten sich im Leben des Volkes nicht bilden.

§. 15.

Von jenem Standpunkte aus wird man auch auf eine befriedigende Weise nicht zu erklären im Stande seyn, weshalb bei den Leitungen der aqua cottidiana vel aestiva noch eine andere Art von lange dauerndem Quasibesitze vorkömmt, die nichts weiter als fehlerfreien Besitz und Zeitablauf fordert, die vetustas nämlich, von welcher noch die Rede seyn wird, aus welcher ebenfalls eine actio confessoria utilis hervorgeht f. 3. §. 4. de aqua cott. vel aestiva Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti *loco* habetur cf. f. 1. §. 23. f. 26. de *aq*. pluv. arc.

§. 16.

Nach diesen Bemerkungen zur Widerlegung herrschender Ansichten wird die Auslegung des f. 10. si serv. vind. selbst sich sehr einfach rgeben:

1. Si quis diuturno usu, wenn jemand durch langjährigen Gebrauch; — dieses bezieht sich auf die factische Ausübung der Servitut, (§. 7.) die der quasi possessio juris bei der Erwerbung durch Zeitablauf überhaupt, namentlich auch bei vetustas zum Grunde liegt f. 1. §. 23. de *aq.* pluv.

2. et longa quasi possessione und langen Quasibesitz; — wäre dieser lange Quasibesitz Ein und dasselbe mit dem diuturnus usus, so hätte es des Zusatzes et longa quasi possessione zum duiturnus usus nicht bedurft oder es würde doch nicht das Bindewort *et*, sondern *seu*, *vel* gewählt worden seyn. — Diese Worte gehen auf das Recht zum Besitze, so wie diuturnus usus auf die factische Ausübung. Hier wird die Anwendung der Theorie von longa possessio, longae possessionis praescriptio auf Servituten ausgesprochen; schon die Worte *longa quasi* possessione bezeichnen, daß longa possessio das ursprüngliche Institut ist. Longa quasi possessio fällt mit longa possessio in Absicht der Erforderniße zusammen, soweit nicht die Eigenthümlichkeit von Rechten, als unkörperlichen Sachen, besondere Bestimmungen begründet. In Absicht der justa causa longae possessionis findet Anwendung c. 24. de Rei Vind. *Nullo justo titulo* praecedente possidentes ratio juris *quaerere dominium* prohibet, idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam absumitur. c. de usuc. transformanda.

3. jus aquae ducendae *nanctus est*, das Recht der Wasserleitung erlangt hat; — die prätorische longa quasi possessio soll also dieses jus aquae ducendae in ähnlicher Art ertheilen, als wenn es durch rechtsgültige, ausdrückliche Verfügung d. h. a domino auf römische Art bestellt wäre. — Ulpian geht in f. 10. von der Voraussetzung aus, daß das

Recht unter den Requisiten der longa quasi possessio durch deren Vollendung erworben ist, deshalb giebt er diese Erfordernisse nicht einzeln an.

4. non est ei necesse docere *de jure*, quo aqua constituta est, braucht er nicht nachzuweisen, durch welches Recht das Wasser ihm hingegeben wurde; — dieser Satz bildet den Gegensatz des vorigen: wenn jemand vermöge prätorischen Rechts (durch Ersitzung) das Recht der Wasserleitung erlangt hat, braucht er nicht nachzuweisen, daß das Recht ihm civilrechtlich (a domino und nach römischer Form §. 5.) eingeräumt wurde; die prätorische Ersitzung hat also bei den praediis italici soli (bei andern kommt die civilrechtliche Erwerbung gar nicht vor) die Wirkung, welche sonst gesetzlich mit civilrechtlich bestellten Servituten (§. 9.) verbunden ist;

5. veluti *ex* legato vel alio modo, gleichsam aus einem Legate oder auf andere Weise z. E. mancipatione, in jure cessione (§. 5. 9.); — hinzugefügt, um die civilrechtliche Bestellung a domino, deren man im Falle der Ersitzung nach prätorischem Rechte nicht bedarf, noch bestimmter auszuschließen, durch Andeutung der zu Ulpians Zeiten bestehenden Arten civilrechtlicher Erwerbung. — Die Worte veluti etc. gehen nicht auf das constituere, was damals schon vom jure constituere getrennt war (§. 5.), sondern auf jure constituere, die Errichtung civili modo; das geht hervor aus dem Gebrauche des Wortes *ex*, dessen es nicht bedurft haben würde, wenn veluti etc. auf constituta est, also auch auf die prätorischen Erwerbungsarten z. E. quasi traditio zu beziehen wäre. Dieser Satz verstärkt übrigens die Negation des Vordersatzes: si quis *longa quasi possessione* jus — nanctus est, non est ei necesse docere de *jure*, quo (civili modo) *constitutum* est, veluti, folgt die Angabe civilrechtlicher Erwerbungsarten §. 9.

6. sed utilem habet actionem, sondern er hat eine analoge Klage; — jener des Civilrechts nämlich, der vin-

dicatio servitutis, der confessoria; die confessoria *utilis*, die wie f. 10. §. 1. si serv. vind. beweiset, ein Recht gegen jeden Dritten giebt, nicht wie die actio publiciana (cf. f. 16. 17. de act. Publ.) mit Ausschließung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes, welcher eine a non domino tradirte, von dem Berechtigten nicht ersessene Servitut, negirt.

7. ut ostendat per annos forte tot, daß er darthue, er habe so und so viel Jahre hindurch; — die Dauer des Quasibesitzes wird nicht angegeben, sondern aus der Lehre von der longi temporis possessionis praescriptio vorausgesetzt (§. 14., damals waren es 20 Jahre); res habilis, justa causa, bona fides werden ebenso vorausgesetzt.

8. usum se non vi, non clam, non precario, er habe Gebrauch gemacht nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise; — scilicet aqua, nämlich von dem Wasser. — Diese Worte beziehen sich gleich jener diuturno usu auf die longa quasi possessio, deren Begriff sie näher bestimmen. Der longa *quasi* possessio liegt ein fehlerfreier *usus* longi temporis zum Grunde, der im vorliegenden Falle durch Handeln des Berechtigten bedingt ist. Dieses Requisit mußte speciell angegeben werden, weil es der longa *quasi* possessio eigenthümlich ist, die sonst ihre Requisite aus der longa possessio entlehnt. — Longa possessio beruht von der factischen Seite des Besitzes auf der Innehabung der Sache, longa *quasi* possessio einer affirmativen Servitut auf der wirklichen Ausübung des Rechtes.

§. 17.

Zu den Worten des fr. 10. longa quasi possessione ist noch anzumerken f. 3. si ususfr. pet. wo possessio für possessio ex justa causa traditionis gebraucht wird (§. 6.), ferner gehören dahin folgende Stellen, in welchen die Requisite der longi temporis possessio ebenfalls als bekannt vorausgesetzt und deshalb nicht erwähnt werden c. 7. de l. t.

praescr. *Longi temporis possessione* munitis, instrumentorum amissio nihil juris aufert: nec *diuturnitate* partam securitatem maleficium alterius turbare potest c. 7. ib. *Diutina* possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest c. 3. de longi temp. praescr. quae pro libert. *Sola temporis longinquitate*, etiamsi 60 annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere, congruit aequitate.

§. 13.

Es ist hier nach neueren Ansichten der Einwurf möglich, daß zu Ulpians Zeiten l. t. possessionis praescriptio im Falle verlorenen Besitzes noch kein Klagerecht gegeben habe, daß folglich auch die l. t. *quasi* possessio, die mehr als Schutz im Besitze, nämlich eine confessoria utilis giebt, ihr nicht habe nachgebildet werden können. Es ist offenbar, daß die Wirkung einer Ersitzung von Servituten verschieden seyn mußte, von jener körperlicher Sachen, wogegen die Erfordernisse dieselben seyn konnten. — Dem Besitzer einer körperlichen Sache giebt nämlich schon der Besitz die Vermuthung des Eigenthums, er siegt ob im petitorischen Processe gegen jeden, der nicht ein besseres Recht, als das seinige erweiset: der Besitzer einer Servitut verliert dagegen den Besitz durch die prohibitio des Eigenthümers, sofern er nicht ein Interdict erlangt, und ist verpflichtet, sein Recht zur Beschränkung des Eigenthums zu erweisen, sobald der dominus die Servitut negirt, mag er auch in einem völlig fehlerfreien Quasibesitze sich befinden. Wenn also die longa quasi possessio überhaupt eine Wirkung haben sollte, so dürfte diese nicht an den Besitz geknüpft seyn, es war ein dingliches Recht gegen den Eigenthümer nothwendig. — Diese Bemerkung erklärt weshalb c. 2. de serv. et aqua von der Erwerbung der Servitut gesagt wird, servitutum tempore quaesiisti.

Was insbesondere die Befugniß des Eigenthümers zur

Prohibition betrifft, so ist sie ein aus dem Eigenthume hervorgehendes Recht f. 5. si ususfr. petetur; sie nimmt dem Besitze die Eigenschaft eines fehlerfreien z. E. qui prohibitus utitur, clam utitur f. 3. pr. de itin. actuq. priv.

Daß der Besitz einer Servitut, wenn vom Rechte die Rede ist, jenem des Grundstückes nachsteht; daß jedes Grundstück frei ist, wenn nicht ein Recht zur Beschränkung der Freiheit erworben wurde, daß folglich der Besitz der Servitut an sich noch keinen Einfluß auf das Recht und auf die Beweislast ausübt; — diese Ansicht geht durch das ganze Rechtssystem der Römer, obgleich man noch neuerlich (was wäre in der Rechtswissenschaft nicht schon behauptet worden!) das Gegentheil behauptet hat. Cf. f. 5. pr. si ususfr. petetur f. 1. §. 13. de itin. actuq. priv. f. 1. §. 8. de rivis.

§. 19.

Es ist hier noch zu erwägen, ob die Stelle ex Ulp. ad Ed. f. 10. §. 1. de ususf. die Anwendung des Begriffes der longi temporis possessio auf Servituten ausschließe? hoc jure utimur, ut servitutes *per se* nusquam longo tempore capi possint, *cum aedificiis* possint. Daß die Worte longo tempore capi durch Interpolation an die Stelle von usucapi getreten sind, ist schon früher bemerkt worden. Die Stelle hat darum nicht minder einen dogmatischen Werth. Sie scheint dem f. 20. §. 1. de adq. rer. dom. „si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, *cum jure* servitutium debiturum transfertur“ zu entsprechen und sich nur darauf zu beziehen, daß ein eigentlicher Besitz, possessio bei Servituten, als unkörperlichen Sachen nicht vorkömmt (§. 6.), wogegen sie als Zubehör eines Grundstückes mit diesem zugleich ersessen werden können.

§. 20.

Die zweite Stelle, welche die longa quasi possessio betrifft, findet sich in Ulp. ad Ed. lib. 20. f. 5. §. 3. de itin. actuq. priv.

Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute: Interdicto hoc uti potest.	Wenn jemand eine rechtlich bestellte Servitut nicht hat, er hat aber den Vorzug langen Quasibesitzes darum, weil er lange von der Servitut Gebrauch machte, so kann er sich dieses Interdictes bedienen.

Diese Stelle spricht vom Interd. de reficiendo itinere, welches im Gegensatze zu dem Interd. de itinere f. 1. §. 2., das nur den Annalbesitz erfordert, demjenigen zusteht, der ein wirkliches Recht auf die Servitut hat.

F. 1. §. 13. Jus esse videtur ei, cui servitus *debetur*.

§. 14. Fieri autem potest, ut quis jus eundi habeat et agendi, reficiendi jus non habeat: quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi jus sit; aut sic, ut si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi jus sit, merito ergo ad refectionem Praetor se retulit. Ut *tibi jus est* reficias, *uti jus est*, hoc est, sicuti per servitutem impositam licet. Der Prätor selbst macht das Interdict von der rechtsgültigen Bestellung der Servitut abhängig. Mit Rücksicht darauf sagt nun Ulpian f. 5. §. 3., so wie bei den Wasserleitungen f. 10. si serv. vind., daß wenn die Servitut nicht jure imposita sey, die longa quasi possessio, die eine actio confessoria utilis giebt, das Interdict begründe; er bezeichnet diese longa quasi possessio als praerogativa gegen den Eigenthümer: ein so erworbenes Recht hat gleich der Bestellung einer Servitut a domino den Vorzug vor der Freiheit des Eigenthums.

Im f. 5. §. 3. ist der Gegensatz zwischen serv. jure imposita und longa quasi possessione nancta deutlich hervorgehoben, wie im f. 10. si serv. vind. (§. 16.). Hier, wie dort, werden die Erfordernisse der longa quasi possessio, die hier ohne *diuturnus usus* vorkömmt, als bekannt vorausgesetzt, die Worte ex eo, quod diu *usus* est

servitute beziehen sich auch hier auf das Eigenthümliche der longa *quasi* possessio, die in der Ausübung des Rechts besteht: langer Quasibesitz einer Servitut besteht in deren langer Ausübung. — Wollte man mit Hasse l. c. das fr. 10. si serv. vind. ut ostendat etc., mit Ausschließung der Requisite der l. t. possessio, allein vom fehlerfreien langjährigen Besitze verstehen, so könnte man vielleicht mit demselben Rechte aus dem f. 5 §. 3. ex eo, quod diu usus est folgern, daß zur Erlangung des Interdictes auf Wiederherstellung eines Weges nichts weiter erfordert werde, als langjähriger usus animo possidendi, selbst ohne fehlerfreien Quasibesitz, dessen nicht ausdrücklich gedacht wird. In dem einen wie in dem andern Falle wäre aber die Bedeutung der römischen technischen Ausdrücke longa quasi possessio, veluti possessio verkannt und man würde von einem modernen Standpunkte aus ein römisches Institut beurtheilen. — Das f. 5. §. 3. bestätigt demnach die Auslegung des f. 10; verbunden geben beide der Lehre von der Ersitzung affirmativer Servituten eine Grundlage, die, wenn auch Einzelnes angefochten werden mag, doch der Hauptansicht nach unerschütterlich fest steht.

§. 21.

Die dritte Stelle ist die const. 2. de serv. et aqua. Sie hat den Auslegern von jeher viel zu schaffen gemacht und zu wirklich seltsamen Ansichten Veranlassung gegeben, vergl. Unterholzner Verjährungslehre §. 212. Hasse l. c.

Imp. Antoninus A. Martiali. P. P. cal. Jul. 216.

Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. Quod si ante id spatium ejus usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos

Wenn du durch die Besitzung der Martialis mit seinem Vorwissen Wasser geleitet hast, hast du eine Servitut durch Zeitablauf nach Art unbeweglicher Sachen erworben. Wenn aber deren Gebrauch vor Vollendung jenes Zeitraums dir untersagt ist, verlangst du vergeblich die

praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, adeum pertineat, cujus est possessio.

Erstattung deines Kostenaufwandes, da das Eigenthum einer auf fremder Besitzung gemachten Anlage, so lange im rechtlichen Verhältnisse eine Aenderung nicht vorgeht, dem zusteht, dessen die Besitzung ist.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß diese Constitution ein Provincialgrundstück betrifft. Darauf deutet schon der Ausdruck possessio hin, welcher absichtlich gewählt zu seyn scheint, da er dreimal vorkömmt. Possessio ab agro juris proprietate distat, quid quidem adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet aut non nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est f. 115. de verb. signif. Possessio ist für die Provincialgrundstücke übliche Bezeichnung, vergl. Niebuhr römische Geschichte, vom agrarischen Rechte. — Dafür spricht ferner der Umstand, daß der Kaiser eine Constitution erließ über Grundsätze einer Lehre, die, wie wir aus Ulpian wissen, beim salo italico durch die Jurisprudenz ausgebildet wurde. Diese Constitution in Verbindung mit der unmittelbar folgenden const. 3. Et in provinciali praedio constitui servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutes constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent, umfaßt die Lehre von der Erwerbung der Servituten an Provincialgrundstücken. —

Der Fall nun, welcher die Veranlassung zur Anfrage gegeben hat, ist aus der Antwort nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen. Schon aus diesem Grunde wäre es bedenklich, aus der Constitution einen allgemeinen Rechtssatz zu folgern; völlig unzuläßig würde aber eine solche Folgerung seyn, wenn dadurch ein schon vorhandenes feststehendes Recht abgeändert werden sollte. Die Entscheidung einzelner Fälle ist vielmehr auf das geltende Recht zurückzuführen, sofern die Absicht einer Neuerung nicht deutlich erhellet. Diese kann aber aus der const. 2.

auf keine Weise gefolgert werden. Es sprechen die triftigsten Gründe dafür, daß die const. 2. auf dieselben Grundsätze zurückführt, aus welchen f. 10. und f. 5. §. 3. geflossen sind, daß sie nichts weiter, als die Anwendung der üblichen longi temporis quasi possessio auf praedia provincialia bezeichnet.

Die Schwierigkeit der Auslegung wird völlig verschwinden, wenn man folgendes factum voraussetzt, dessen Unterstellung in der Constitution nichts widerspricht. Martialis zeigt dem Kaiser an, er habe schon seit längerer Zeit auf einem von Martialis besessenen Grundstücke mit dessen Vorwissen eine Wasserleitung angelegt; nun sey er durch prohibitio des eingetretenen Eigenthümers in dem Besitze jener Servitut beunruhigt, ja dieser versage selbst den Ersatz der durch die Anlage ihm verursachten Kosten. Er verlangt Schutz in seinem Besitze, in jedem Falle aber doch den Ersatz der Kosten, die er aufgewandt habe. — Der Kaiser hebt nun in der Antwort heraus, was in thatsächlicher Hinsicht für die Entscheidung erheblich ist und übergeht die Umstände, auf welche nichts ankömmt, den Inhalt der Anfrage voraussetzend. — Die Erwerbung der Servitut und der Ersatz der Kosten durch den eingetretenen Eigenthümer, macht er von der Vollendung des Zeitablaufes nach Analogie der Ersitzung unbeweglicher Sachen abhängig. Die Abrede mit dem evincirten Besitzer Martialis, die in den Worten eo sciente vorausgesetzt wird, bildet für den Servitutberechtigten Martialis den Titel der Servitut a non domino: verbunden mit gutem Glauben, der sich an die Einwilligung des Martialis anschließt, mit langjährigem Besitze, der schon aus der fortdauernden Leitung des Wassers mit Hülfe des errichteten Werkes folgt, kann sie gegen den Eigenthümer ein Recht geben; sonst ist die Fortdauer von dessen Willkühr abhängig und es findet selbst keine Verpflichtung zum Kostenersatze statt. Der Kaiser nannte den eigentlichen possessor, den Eigenthümer, wie wir sagen, des Provincialgrundstücks (Gajus II. §. 7. 21.)

nicht, weil Martialis das Recht, auf welches die Anfrage sich bezog, von ihm nicht ableitete, weil bei der Entscheidung darauf nichts ankam.

Die Worte der Constitution werden indessen noch einer Erläuterung bedürfen: 1. Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, — d. h. nicht bloß mit seiner Kenntniß, sondern nach der sonst üblichen Bedeutung eo patiente et consentiente. So kömmt scire z. E. vor f. 1. §. 3. de tribus act. ex Ulp. ad Ed. *Scientiam* hic eam accipimus, quae habet *et voluntatem* f. 10. pr. §. 2. Quae in fundum credit. *Sciente te* i. e. te conscio et participante f. 44. §. 1. f. 45. ad Leg. Aquil. f. 1. §. 1. si fam. furtum fecisse dic. Eben so findet sich *patientia* bei Servituten in Verbindung mit der ausdrücklichen Einwilligung des Eigenthümers, welche die justa causa traditionis ausmacht, f. 11. §. 1. de Publ. act. forte si per domum quis suam *passus est* aquaeductum transduci.

2. Servitutem *exemplo* rerum immobilium tempore quaesiisti. Das Wort exemplo bezeichnet denselben Begriff, wie quasi oder veluti f. 10. si serv. vind. f. 5. §. 3. de itin. Die Grundsätze über erwerbende Verjährung sollen auf Provinzialgrundstücke angewandt werden, also deren Bedingungen, res habilis, justa causa, bona fides, possessio, longum tempus. Durch diese Bezugnahme umging der Kaiser eine dogmatische Ausführung, die freilich für die Rechtsgelehrten späterer Zeiten nützlich, für seine Zeitgenossen aber überflüssig gewesen seyn würden.

3. Quod si ante id spatium ejus usus tibi interdictus est, — hier ist es unbestimmt gelassen, von wem? Die Constitution nimmt auf das in der Anfrage enthaltene factische Verhältniß Bezug. Wahrscheinlich ist es schon nach den Worten der Antwort, daß Martialis selbst den Gebrauch nicht untersagt hatte, denn sonst würde es wegen der Beziehung zum ersten Satze heißen: quod si ante id spatium

ejus usus tibi *ab illo* interdictus est. Dafür sprechen aber auch die folgenden Worte:

4. Frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas. Diese Worte können nicht auf den Martialis gehen, weil die Servituten bei Provinzialgrundstücken nach c. 3. de serv. durch Consensualverträge entstehen, Martialis selbst also an sein Versprechen gebunden blieb und im Falle der Eviction des Grundstückes dem Martialis, mit welchem er über die Servitut contrahirt hatte, zum Schadenersatze verpflichtet war, f. 10. 70. de evict. — Der eingetretene possessor selbst durfte dagegen nur eine Erhöhung des Werths vergüten, f. 38 48. de Rei Vind., an welche bei einer Anstalt zur Ableitung des Wassers von einem fremden auf das eigne (dienende) Grundstück nicht zu denken war.

5. Cum in *aliena* (nämlich des eigentlichen possessor des Provinzialgrundstückes §. 9.) possessione operis facti *dominium*, quoad in eadem causa manet (so lange nicht die a non possidente bestellte Servitut gegen den possessor durch Ersitzung Wirkung erlangt hat) ad eum pertinet, cujus est possessio. — Der Sinn dieses Satzes wird durch die Verbindung mit c. 3. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere *jure non potuerunt*, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse noch anschaulicher. Hier ist der Fall einer nach Provinzialrecht bestehenden Servitut, die dann auch die successores singulares verpflichtete; die constit. bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen eine a non possessore des Provinzialgrundstücks bestellte Servitut gegen den eigentlichen possessor (Eigenthümer) Wirkung haben kann.

Durch die const. 2. verbunden mit f. 10. si serv. vind. und f. 5. §. 3. de itin. actuq. priv. wird die allgemeine Anwendung der l. t. quasi possessio mit den Erfordernissen der l. t. possessio auf ländliche affirmative Servituten begründet. Bei städtischen affirmativen Servituten treten nach Analogie dieselben Rechtsverhältnisse ein.

§. 22.

Nach dem Inhalte ist es ungewiß, ob f. 28. de serv. praed. urb., welches hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf, vergl. f. 29. ib. f. 2., Communia praed. sich auf die regelmäßige Ersitzung der Servituten bezieht. Es beschäftigt sich nicht mit den Erfordernissen einer Erwerbung durch Zeitablauf, sondern mit der causa perpetua, welche eine Bedingung jeder Servitut ist.

§. 23.

Es sind hier noch zwei Stellen des Codex zu erwähnen. Const. de usucap. transformanda „ideo per praesentem legem et in italici soli rebus, quae immobiles sunt, *vel esse intelliguntur*, — usucapionem transformandam esse censemus.“ Diese Worte können die usucapio *libertatis* bei negativen Servituten betreffen, f. 6. 7. de serv. praed. urb. f. 4. §. 29. de usus f., sich aber auch auf f. 20. §. 1. de adq. vel amitt. poss. f. 10. §. 1. de usus f. „ut servitutes *cum aedificiis* (usu) capi possint. (§. 19.)

Const. 12. de praescr. longi temp. verfügt ut tam is, qui dominii vel hypothecae quaestionem inducit, quam is qui res possidet, *domicilium* habeat in uno loco, id est una provincia. Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita et nemo posthac dubitet, neque *inter praesentes neque inter absentes* quid statuendum sit, *ut bono initio possessionem tenentis* et utriusque partis domicilio requisito, sit expedita quaestio pro rebus ubicunque positis: nulla scientia, vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.

Eodem observando et si res non soli sint, sed in corporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes.

Die Verordnung ist zwar dahin gerichtet, die Grundsätze über An- und Abwesenheit bei der Ersitzung zu bestimmen; es darf aber nicht übersehen werden, daß sie am Schlusse aller

Bedingungen gedenkt, unter welchen in Verbindung mit den neuern Vorschriften künftig die Ersitzung eintreten wird, wobei nur eine res habilis stillschweigend vorausgesetzt ist: nämlich bonum initium i. e. justa causa et bona fides (Inst. II. 6. §. 12. f. 10. pr. de ususf. c. 2 de l. t. praescr. quae pro libert.) possessio, longum tempus, und daß alle diese Bedingungen nach den Worten Eodem observando etc. bei den Servituten Anwendung finden. (vgl. §. 16. No. 7.) — War auch die Eigenthümlichkeit der langjährigen Ersitzung der Servituten, welche c. 12. vorausgesetzt ist, auf andre Art zu erweisen, so läßt sich doch nicht verkennen, daß diese Stelle zur Bestätigung der angegebenen Grundsätze einen nicht unwichtigen Beitrag enthält.

§. 23.

Von der Ersitzung des usufructus, des usus ist in der Justinianischen Sammlung nicht ausdrücklich die Rede, — vielleicht weil Fälle der Art selten vorgekommen seyn mögen, ohne daß man um deshalb berechtigt wäre, das Daseyn einer solchen Ersitzung zu verabreden. Die Abzweigung dieser dinglichen Rechte vom Eigenthume, das Daseyn der actio publiciana, welche der longi temporis possessio bei den Servituten zum Grunde liegt, die Schlußworte der const. 12. de pr. l. t. eodem observando etc. lassen vielmehr annehmen, daß die longa quasi possessio auch hier eine confessoria utilis giebt, ein Recht gegen den dominus, der negirt, und dafür hat sich auch die Praxis ausgesprochen.

§. 24.

Was die negativen Servituten altius non tollendi, luminibus, prospectia non officiendi, stillicidium non avertendi in tectum vel aream vicini u. a. m. betrifft, so liegt es in deren Eigenthümlichkeit, daß ein positives Handeln von Seiten des Berechtigten dabei nicht vorkömmt und daß sie nur durch Unterlassung von Seiten des Verpflichteten wirksam werden. Gegen den Verpflichteten dauert der Besitz des Rechts so lange fort, als er ihn nicht durch Zuwiderhandeln

mit Duldung des Berechtigten aufgehoben hat, das Recht so lange, als nicht die libertas durch usucapio von ihm erworben wurde, an deren Stelle später die longi temporis possessio libertatis getreten ist, f. 6. 7. 32. de serv. urb. f. 4. §. 29. de usufr. c. de usu transform cf c. 13. de serv. Untersetzt oder hindert der Berechtigte die seinem Rechte entgegenstehende Handlung des Verpflichteten, so ist der Besitz der Freiheit fehlerhaft und eine longi temporis possessio libertatis kann nicht beginnen. Der Besitz wird durch die Einräumung des Rechts gegeben und durch Unterlassung der diesem entgegenstehenden Handlung des Verpflichteten erhalten; Eingriffe in den Besitz negativer Servituten können übrigens durch Klagen und durch das interd. quod vi aut clam beseitigt werden, f. 6. §. 1. si serv. vind. Sciendum tamen in his servitutibus (ne altius tollatur) possessorum esse eum juris, et petitorem. Etsi forte *non habeam aedificatum in meo, adversarius meus possessor est:* nam cum nihil sit innovatum, *ille possidet* et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Item si lapilli jactu impedierit. Sed etsi patiento eo *aedificavero*, possessor ego ero effectus.

F. 6. de serv. praed. urb. si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium afficiatur et ego per statutum tempus fenestras *meas perfixas habuero vel abstruxero:* ita demum jus amitto (nämlich usucapione libertatis) si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, *retineo* servitutem.

Fr. 32. §. 1. de serv. urb. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur, quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est: is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet, natura enim servitutium

ea est, ut possideri non possint: *sed intelligitur possessionem earum habere*, *qui aedes* possidet.

Ob nun eine servitus negativa nach römischem Rechte nur jure, d. h. a domino, nach römischer Form, nach Ausbildung der quasi traditio aber nur a domino rechtsgültig bestellt oder auch aus einer Bestellung a non domino durch longa quasi possessio erworben werden konnte? ist zu untersuchen. — Daß der Besitz negativer Servituten erwähnt wird, ist bemerkt worden: von der longa quasi possessio findet sich keine Spur. Quasi traditio durch Unterlassung der dem Rechte entgegenstehenden Handlung des Verpflichteten, also usus juris, actio publiciana nach vorhergegangener quasi traditio a non domino scheinen auch bei den negativen Servituten nach Analogie angenommen werden zu müssen. Die rechtliche Seite der longa quasi possessio affirmativer Servituten wäre demnach vorhanden. Die factische Seite, die Ausübung der negativen Servitut, das uti servitute hat dagegen das Eigenthümliche, daß sie nicht auf einer Einwirkung des berechtigten Grundstückes, nicht auf dem Handeln des Berechtigten, sondern bloß auf einer Unterlassung des Verpflichteten beruht. Dieses Unterlassen nun ist als Wirkung der Servitut äußerlich nicht erkennbar; die Möglichkeit dieses Erkennens scheint aber doch vorhanden seyn zu müssen, wenn der dominus die Freiheit seines Eigenthums dadurch verlieren soll, daß gegen ihn Rechte a non domino ausgeübt oder durch Vollendung einer angefangenen Ersitzung begründet werden; sonst würde der dominus mit einer Servitut belastet, ohne, wenn er die Handlung, zu welcher der non dominus sich verpflichtet hatte, freiwillig unterläßt, im Stande zu seyn, sich gegen die Anmaßung zu vertheidigen. Das f. 10. si serv. vind. bezeichnet das der longa quasi possessio eigenthümliche Verhältniß der Ausübung des Rechts durch die Worte ut ostendat, per annos facto tot *usum* se (aqua) non vi, non clam, non precario, f. 5. §. 3. de itin. sagt habeat veluti longae pos-

sessionis praerogativam ex eo quod diu *usus est servitute* (itineris); in beiden Fällen ist eine positive Einwirkung auf das dienende Grundstück vorhanden, welche bei dem Unterlassen einer Handlung des Verpflichteten sich nicht findet. Man hat zwar das Verwahren oder Untersagen von Handlungen des Verpflichteten, welche dem Rechte aus der Servitut entgegenstehen, als eine Bedingung des Besitzes betrachtet, (vgl. Hasse l. c.); diese Ansicht ist aber nicht römisch und erst durch die Glosse entstanden; selbst eine solche factische Einwirkung würde zur l. t. quasi possessio nicht hinreichen, weil ihr der bleibende Character, die Fortdauer während des 10, 20jährigen Zeitraums fehlt. — Bei dem Stillschweigen der Juristen, deren Werke uns überliefert sind, fehlt es demnach an Gründen, um anzunehmen, daß eine longa quasi possessio bei den a non domino errichteten negativen Servituten sich im römischen Rechte ausgebildet habe und wir werden in dieser Hinsicht auf die älteren römischen Grundsätze zurückgeführt, nach welchen jede rechtsgültige Servitut *a domino* constituirt seyn mußte, cf. f. 15. §. 4. quod vi aut clam.

Nach diesen Erörterungen über die Lehre von der l. t. quasi possessio geht die Untersuchung zur Theorie der vetustas über.

§. 25.

Die Hauptstellen sind fr. 1. §. 23. fr. 2. pr. de aq. pluv. arc. ebenfalls aus Ulpianus ad Edictum.

Denique ait (Labeo) conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere, si tamen lex non sit agro dicta, agri na-

Endlich, sagt Labeo, seyen der Lage der Aecker gewisse Bestimmungen gegeben, so daß bei den Aeckern, wo große Wasserfluthen wären, mir z. B. erlaubt sey, auf deinem Acker Dämme oder Gräben zu haben: wenn aber für den Acker eine solche Vorschrift nicht ertheilt wor-

turam esse servandum, — si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere: sane enim *in servitutibus* hoc idem sequimur ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario, *habuisse longa consuetudine vel ex* jure impositam servitutum *videatur*. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire sed nos in ejus agro muniemus: eritque ista *quasi servitus:* in quam rem *utilem* actionem habemus vel interdictum.

den sey, so sey die Lage des Ackers zu beachten: — wenn nun diese Festsetzung fehle, trete Alter an die Stelle der Vorschrift: denn allerdings befolgen wir es bei den Servituten, daß wo eine Servitut nicht bestellt worden ist, derjenige, der sich der Servitut lange, ohne Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise bedient hat, dafür angesehen wird, als habe er aus langer Gewohnheit oder eine rechtlich bestellte Servitut. Wir dürfen daher den Nachbar nicht zwingen, Dämme zu errichten, aber wir errichten sie auf dessen Acker und jene wird seyn eine Quasi-Servitut: deshalb haben wir analoge Klage und Interdict.

F. 2. pr. In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.

F. 2. pr. Ueberhaupt sind es drei Dinge, durch welche ein niederer Ort dem höheren dienstbar ist, ausdrückliche Festsetzung, Lage des Grundstücks, Alter, welches immer als Bestimmung gilt, der Verminderung der Processe wegen.

Ueber die Auslegung dieser Stelle haben sich die verschiedenartigsten Meinungen gebildet, Unterholzner Verjährungslehre §. 141.

§. 26.

Was vetustas bei den römischen Juristen eigentlich ist, wird zunächst aus dem Titel de aq. pluv. arc., dem beide Stellen angehören, zu entnehmen seyn.

Nach f. 1. §. 23. giebt vetustas das Recht, Dämme und Gräben zur Wegschaffung von Regenwasser (f. 1. pr.) auf

den Aeckern des Nachbars zu haben. Sie tritt in dieser Hinsicht an die Stelle der lex agri; sie beruht darauf, daß man lange Zeit hindurch Dämme und Gräben auf dem Grundstücke des Nachbarn gehabt hat; dieser alte Zustand wird der langen Gewohnheit, longa consuetudo gleichgestellt; er begründet eine Servitut, ein servitut-ähnliches Recht, Fortdauer des bisherigen Zustandes, quasi servitus f. 2. § 10. *Vetustas* als alter, richterlich zu schützender Zustand steht in einem ähnlichen Verhältnisse zur civilrechtlichen Erwerbung der Servitut wie longa quasi possessio; dieses Verhältniß zur eigentlichen Servitut bezeichnen die Worte servitus vel ex jure imposita, actio utilis.

Zuerst entsteht die Frage, was ist *lex*, lex agri, lex agro dicta im Sinne des f. 1. §. 23. f. 2. pr. l. c., deren Stelle vetustas vertreten soll? — Die Antwort ergiebt sich aus f. 1. §. 23. — Als Grund nämlich der Bemerkung, daß vetustas vicem *legis* tenere wird dort angegeben *sane enim* in servitutibus hoc idem sequimur, ut *ubi servitus non invenitur imposita*, qui diu usus est, — habuisse longa consuetudine, vel ex jure impositam servitutem videatur: die lex agri muß also nothwendig die Kraft einer rechtsgültigen Festsetzung haben, sonst wäre der Grund nicht passend zu dem Rechtssatze. Ob lex agri, wie Brissonius de verb. signif. glaubt, von denen gegeben wurde, qui agros constituerunt finieruntque f. 23. h. c. oder durch andere Verfügungen von Eigenthümern, scheint für diese Untersuchung ziemlich gleichgültig zu seyn; es genügt hier, daß vetustas an die Stelle einer mit Recht auferlegten Servitut treten soll. Lex bedeutet übrigens an andern Stellen der Sammlung vertragsmäßige Bestimmung, auch in Bezug auf Servituten, z. E. f. 33. de serv. urb. f. 13. Comm. praed. Im f. 2. pr. ist lex als Grund der Entstehung der Servituten der natura loci gleichgestellt. F. 1. §. 23. sagt darüber: si tamen lex non sit agro dicta, agri *naturam* esse servandam et *semper inferiorem superiori* servire: et hoc incommodum *naturaliter pati inferiorem agrum* a superiore, compensareque debere cum alio commodo.

Als Erforderniß der vetustas bestimmt f. 1. §. 23.

nichts weiter, als ein *diu uti* non vi, non clam, non precario, lange factische Ausübung der Servitut animo possidendi, ohne Fehler des Besitzes. Diu uti steht hier nicht, wie f. 10. f. 5 §. 3. neben longa quasi possessio, um Ausübung der Servitut, die factische Seite des Besitzes von der rechtlichen, der Grundlage der Ersitzung zu unterscheiden, sondern allein. Die Requisite der l. t. quasi possessio kommen demnach bei der vetustas nicht zur Anwendung. Nicht erfordert werden insbesondre justus titulus et bona fides. Was die res habilis betrifft, so bildet sich dieses Requisit bei usucapio und l. t. possessio negativ aus, nämlich durch Ausnahmen von der Regel, nach welcher die Ersitzung zulässig ist. Diese Ausnahmen sind gesetzlich bestimmt und der usucapio und l. t. possessio eigenthümlich.

§. 27.

Was nun den usus diuturnus betrifft, so ist das zur vetustas erforderliche tempus näher zu bestimmen.

Dessen Dauer ist nicht bezeichnet: diu uti wird im f. 1. §. 23. dem longa consuetudine habere gleichgestellt. Diu hat im römischen Rechte keinen andern bestimmten Begriff, als den einer langen Zeit; es bezeichnet Zeitraum von 3, 10, 20, 40 Jahren. Die Dauer ist also nicht aus dem Worte, sondern aus dem Zusammenhange zu entnehmen. Longa consuetudo bezeichnet ebenfalls keinen bestimmten Zeitraum, wie noch gezeigt werden wird (§. 31.). Es bleibt demnach der Sinn des *diu uti* im Titel de aq. pluv. arcenda aufzusuchen.

Daraus erhellet nun klar, daß vetustas von Dämmen und Gräben, also Anlagen auf den Grundstücken der Nachbarn gebraucht wird, deren *memoria non exstat* oder vetustas memoriam excedit. F. 28. de probat. bestimmt das näher dahin: cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent et hoc infinite sursum versum accidit, tum memoria operis facti non extabit: f. 2. §. 8. de *aq.* pluv. stimmt damit überein. Die Beweise dafür, daß vetustas einen alten Zustand von Anlagen, opera, quorum memoria non exstat f. 1. §. 23. Dämme und

Gräben auf dem Grundstücke des Nachbarn bezeichnet, sind folgende:

1. F. 2. §. 7. kömmt bei demselben Labeo, aus welchem f. 1. §. 23. excerpirt worden ist, der Fall vor, wo ein Graben, fossa *vetus* agrorum siccandorum causa (auf dem Grundstücke des Nachbarn) vorhanden ist, *nec memoriam exstare*, *quando facta* est: hanc vicinus purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae actione cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret *aut te pateretur* in pristinum statum redigere.

Der Fall unterscheidet sich von jenem, wo inferior ager schon durch natura loci zur Aufnahme des Wassers verpflichtet ist, dadurch, daß hier ein zum Ablaufe des Wassers auf das Grundstück des Nachbarn durch Menschenhand angelegter Graben existirt. Das Recht der Servitut, (non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus) durch welche der Nachbar verpflichtet ist, den Graben zu unterhalten, wenn er nicht vorzieht, dem Berechtigten die Unterhaltung zu überlassen, beruht auf dem Daseyn einer fossa *vetus*, eines alten Grabens und zwar eines solchen, wo memoria non exstat, quando facta est.

2. F. 2. §. 5. Varus trägt den Fall vor, daß die Wasserfluth einen Damm auf dem Grundstücke des Nachbarn niedergeworfen hatte, wodurch das Wasser den benachbarten Eigenthümern schädlich wurde. Varus entschied dahin, daß keine actio aquae pluviae arcendae statt finde, ut eam reponat vel reponi sinat, wenn der Damm naturalis gewesen sey oder manufactus, nec memoria ejus exstaret; quod si exstet (i. e. si jure factus fuerit f. 2. §. 7.) putat, aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo sagt dagegen in Uebereinstimmung mit seiner f. 1. §. 23 geäußerten Ansicht etiamsi memoria ejus *non exstaret*, agi posse, ut reponatur. Vetustas, als Zustand einer Anlage, cujus memoria non exstat, wird also dem operi (jure facto), cujus memoria exstat gleichgestellt.

3. Im f. 2. §. 7. kömmt bei Labeo die Frage vor, ob ein auf natürliche Art entstandenes, zum Wasserabflusse die-

nendes Loch eine Klage gegen den Nachbar auf dessen Erhaltung zu diesem Zwecke rechtfertige. Diese Frage wird verneint und hinzugefügt: Plano si *fossam* jure factam (cf. f. 2. §. 5.) *aut cujus* memoria *non exstat*, agi tecum posse aquae pluviae arcendae actione, ut reficias (aut refici sinus f. 2. §. 5.). Der unvordenkliche Besitzstand soll also bei einem auf dem Grundstücke des Nachbarn zum Wasserabflusse bestehenden Graben einer auf rechtliche Verfügung gegründeten Anlage der Art gleichstehen.

§. 28.

In gleicher Bedeutung wird vetustas gebraucht f. 26. de aq. pluv. arc. Scaevola respondit, solere eos, qui juri dicundo praesunt, *tueri ductus aquae*, quibus auctoritatem *vetustas* daret, tametsi *jus* non probaretur. F. 3. §. 4. de aq. cott. *Ductus* aquae, *cujus origo memoriam excessit*, jure constituti *loco* habetur.

§. 29.

Außer der vetustas für den seit unvordenklicher Zeit vorhandenen Zustand von Anlagen auf dem Grundstücke eines Nachbarn, die eine quasi servitus, ein Recht auf Erhaltung des Zustandes giebt, finden wir noch erwähnt vetus mos oder vetus usus.

C. 7. de serv. Si manifeste doceri possit, *jus* aquae ex veteri more atque observatione per certa loca profluentis, *utilitatem* certis fundis irrigandis causa habere: Procurator noster, ne quid extra veterem formam atque solennem morem innovetur, providebit.

C. 4. de aquaductu. *Usum aquae veterem longaque dominio* constitutum, singulis civibus manere censuimus, nec ulla novatione turbari: ita tamen ut quantitatem singuli, quam *veteri* licentia percipiunt, more usque in praesentem diem perdurante percipiant: mansura poena in eum, qui *ad irrigationes agrorum* vel hortorum deliciis, furtivis aquarum meatibus abutitur.

Beide Stellen beziehen sich nicht auf die Erwerbung eines Rechts durch Zeitablauf, wie solches schon die Worte *jus* aquae c. 7. und usus aquae longo *dominio* constitutus c. 4. andeuten (f. 2. Comm. praed.) Sie betreffen

die Benutzung von fiscalischen Gegenständen, an welchen in älterer Zeit dingliche Rechte durch Zeitablauf nicht erworben wurden c. 2. 3. ne rei dominicae etc.

In Absicht der c. 4. ergiebt dieses tit. eod. de aquaed.; was constit. 7. betrifft, so spricht dafür:

1. daß der Grund der Erhaltung des Bewässerungsrechtes in dessen Nützlichkeit für die Einzelnen gesetzt wird, quae manifeste doceri debet; bei einem wirklichen Rechte konnte darin kein Grund der Entscheidung liegen f. 17. de serv. pr. rust.

2. daß die Ausführung dem Procurator Caesaris übertragen war, zu dessen Amte es gehörte, Streitigkeiten zwischen dem fiscus und Privatpersonen zu schlichten. Briss. de verb. signif.

§. 30.

Wir finden auch den Zustand alter Gebäude erwähnt, mit der Wirkung, daß den vorhandenen Fenstern durch Bauanlegen das Licht nicht benommen werden dürfe.

F. 11. de serv. pr. urb. Qui luminibus vicinorum afficere, aliudve quid contra commodum eorum facere vellet, sciet *se* formam *ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.*

C. 1. de serv. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra *veterem formam* exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competero tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis: is qui judex erit, *longi temporis consuetudinem* vicem servitutis obtinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

Diese Bestimmungen sind eigenthümliches römisches Recht geblieben und bei uns nicht recipirt. Nur einzelne Statute, z. E. wie die Glosse angiebt, jenes von Florenz haben sie aufgenommen. Wir befolgen f. 4. 9. 14. de serv. pr. urb. c. 8. 9. de serv., nach welchem jeder mit Beachtung des gesetzlichen Zwischenraums auf seinem Grundstücke Gebäude aufführen darf. Die Vorschriften f. 11. und c. 1. sind aus den römischen Grundsätzen über die Höhe der Gebäude abgeleitet, die in späteren Zeiten noch ausgesprochen wurden.

C. 1. de aedif. priv. „nec modum *usitatum* altitudinis excedas c. 12. §. 1. il. non solum *veterem formam* non excedant.

Diese Stellen sprechen demnach nicht etwa von Verjährung durch Zeitablauf oder von unvordenklicher Zeit, sondern allein von dem Daseyn alter Gebäude, deren Alter nicht angegeben wird und auch nicht wohl genau bestimmt werden konnte, dessen Bestimmung also in einzelnen Fällen richterlicher Beurtheilung überlassen ist. Auf die Lehre von der Besitzung der Servituten haben sie keinen Einfluß.

§. 31.

Der Begriff von longa consuetudo f. 1. § 23. de aq. pluv. arc. c. 1. de serv. bleibt noch zu bestimmen:

1. consuetudo finden wir f. 20. de serv. pr. urb. als consuetudo habendi tignum immissum c. b. de serv. als statuta consuetudinis forma bei dem Mitgebrauche des Wassers durch den Eigenthümer im Verhältnisse zu Berechtigten f. 35. de legib. bei der Entstehung des Gewohnheitsrechts als tacita civium conventio; sie beruht auf Handlungen, aus welchen eine stillschweigende Einwilligung der Betheiligten gefolgert wird,

2. longa consuetudo bezeichnet an und für sich keinen bestimmten Zeitraum, so wenig als diu oder auch longum dominium f. 4. de aquaed. Im f. 1. §. 23. de aq. pluv. ist longa consuetudo ein seit unvordenklicher Zeit bestehender Zustand c. 1. de serv. ein alter, nicht genauer bezeichneter Zustand von Gebäuden, f. 35. de legib. wird longa consuetudo der diuturna consuetudo f. 33. gleichgestellt.

Es ist demnach aus dem Zusammenhange zu erklären, in welchem Sinne die Worte longa consuetudo gebraucht werden, daß sie einen 10- 20jährigen Zeitraum bezeichnen können, ist nicht zu bezweifeln, daß man aber, wenn von der Auslegung der f. 1. §. 23. und c. 1. de serv. die Rede ist, nicht etwa, (vergl. Hasse l. c.) an 10- und 20jährigen fehlerfreien Quasibesitz, an Ersitzung der Servituten zu denken habe, wird aus dem, was bemerkt worden ist, anschaulich seyn.

§. 32.

Es bleibt nun noch die wichtige Frage zu untersuchen, in welchem **Umfange** vetustas die Wirkung einer quasi servitus äußert? — Wir finden vetustas erwähnt (§. 27. 28) bei der actio aquae pluviae arcendae; sie giebt dem Besitzer eines höher liegenden Grundstückes das Recht, Anlagen zur Ableitung von Regenwasser auf dem tiefer liegenden Grundstücke seines Nachbars zu unterhalten. Vetustas kömmt ferner vor bei aqua cottidiana vel aestiva für das Daseyn alter Canäle zur Leitung des Wassers. Sie setzt also fortdauernde, erkennbare Anlagen auf dem Grundstücke des Nachbars voraus und zwar solche, die seit unvordenklicher Zeit bestehen.

Das römische Recht giebt außer den serv. aquaeductus eine nicht geringe Zahl von Servituten an, die bei den Römern üblich waren, als *urbanae* luminum, prospectus, luminis immittendi, tigna immittendi in parietem vicini, projiciendi protegendique, stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, columnae, quae onus vicinarum aedium fert, stillicidium non avertendi etc., als *rusticae* viae, itineris, actus, aquae haustus, pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae etc. Bei allen diesen Servituten, von welchen die servitutes viae, itineris, actus ausführlich behandelt werden, kömmt an keiner Stelle irgend etwas vor, was auf das Daseyn von vetustas, von vetus mos, vetus consuetudo oder vetus usus folgern ließe. Der Titel de itin. actuq. priv., der die Bedingungen des interdicti de reficiendo itinere (§. 20.) sonst vollständig angiebt, gedenkt neben der servitus jure civili imposita **nur** der veluti longa possessio als Entstehungsart. Der Titel de aqua cottidiana vel aestiva fordert, so weit nicht von einem *ductus* aquae die Rede ist, cujus origo memoriam excessit, qui jure constituti loco habetur, ausdrücklich, um das Interdict wegen einer servitus zu begründen (cf. f. 1. §. 12. ib.) aquam duci *imposita* servitute vel quia putamus *impositam* f. 1. §. 9. 10. 39., **ohne** neben der vetustas bei **Anlagen**, f. 3. §. 4. der Entstehung eines *juris aquae* cottidianae vel aestivae

ducendae durch unvordenklichen Gebrauch zu gedenken. Die Wirkung der vetustas, die in dem Schutze vorhandener Werke besteht, kann auch bei den Servituten im Allgemeinen nicht vorkommen. Demnach wird, wenn man auch vetustas nicht auf Anstalten zur Leitung des Wassers beschränken kann, die Anwendung dieses Rechtsbegriffes analog doch nur in solchen Fällen eintreten dürfen, wo ähnliche Anlagen seit unvordenklicher Zeit vorhanden sind. Diese Ansicht, daß Unvordenklichkeit bei den Römern nicht eine regelmäßige Erwerbungsart der Servituten gewesen sey, wird dadurch bestätigt, daß Servituten in älterer Zeit nur durch ausdrückliche Bestellung a domino erworben werden konnten, daß erst später die servitus a non domino constituta durch Verjährung Wirkung gegen den dominus erhielt, daß also zur Servitut nach dem Gange geschichtlicher Entwickelung des römischen Rechts stets ein Titel, sey es a domino oder a non domino erfordert wurde. Von dem Daseyn einer Erwerbung durch Zeitablauf allein, die sich doch nur in späteren Zeiten hätte ausbilden können, finden wir mit Ausnahme der Unvordenklichkeit bei Anlagen keine Spur und schon dieser Grund müßte dazu bestimmen, sie auszuschließen, da hier von einem Institute die Rede ist, welches mit Rücksicht auf das älteste römische Recht einer positiven Grundlage durchaus bedarf.

Dagegen ist nicht anzuführen, daß im f. 1. §. 23. gesagt wird, sane enim *in servitutibus* hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est etc., denn dieser Satz bildet nur den Grund für den vorhergehenden: vetustatem (das Daseyn alter Anlagen) vicem legis tenere, vetustas giebt auch nur das Recht auf Fortdauer solcher Anlagen; ferner nicht, daß fr. 2. pr. gesagt wird: vetustas, quae *semper* pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa, denn es ist die Rede von den tria, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas; die ausschließliche Beziehung auf Dämme und Gräben auf dem Grundstücke des Nachbars zur Ableitung des Wassers geht deutlich aus dem Zusammenhange hervor.

Vielleicht überrascht das Resultat, daß die Römer eigentliche Servituten nur aus ausdrücklicher Bestellung a domino oder a non domino gekannt haben; es wird aber noch gezeigt werden, daß selbst bei einem neueren Volke Servituten allein durch Bestellung a domino verliehen wurden, zu einer Zeit, wo die Verjährung der Immobilien schon lange verbreitet war. Es darf also nicht auffallen, daß die Römer auch in späteren Zeiten ihrer alten geschichtlichen Grundlage treu geblieben sind.

§. 33.

So wenig vetustas zu den regelmäßigen Erwerbungsarten der Servituten gehört, macht praescriptio longissimi temporis eine solche aus. Sie bezieht sich in const. 8. de praescr. 30 vel 40 ann. nur auf **körperliche** Sachen, wie der Inhalt deutlich ergiebt.

Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo *rem aliquam* bona fide per 10 vel 20 annos *possederit* et longi temporis exceptionem contra *dominos ejus*, vel creditores *hypothecam* praetendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu *possessionem ejus rei* perdiderit, posse eum etiam actionem *ad vindicendam rem eandem* habere sancimus: sane enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, hoc sanciebant.

§. 1. Quod si quis *eam rem* desierit possidere, *cujus dominus* vel is, *qui suppositam eam habebat*, exceptione 30 vel 40 annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete sed cum moderata divisione ei praestare censemus: ut si *quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit*, simili possit uti praesidio: sin vero mala fide eam adeptus est etc.

Von einer quasi possessio longissimi temporis enthalten die Constitutionen nirgend eine Spur. Diese Anwendung der praescr. longiss. temp. würde aber ausgesprochen seyn, da die Lehre von der Verjährung der Servituten überall, wo darauf Rücksicht zu nehmen ist, erwähnt, z. E. const. de usuc. transform. c. 12. de praescr. longi temp. (§. 23.). Es scheint demnach in dieser Hinsicht ein Bedürfniß legisla-

tiver Bestimmung nicht obgewaltet zu haben und können wir dieses nicht verkennen, so zeigt sich hier noch in der spätesten Zeit eine Nachwirkung des älteren Rechts, nach welchem keine Servitut ohne Titel bestehen konnte und die Erwerbung der Servituten überhaupt weit ungünstiger behandelt wurde, als jene des Eigenthums, f. 1. de ususf. *Bono publico* usucapio *introducta* est, ne diu et fere semper dominia incerta essent.

§. 34.

Man hat die dreißigjährige Verjährung der Servituten auch darauf gründen wollen, daß jede Klage in 30 Jahren erlösche, folglich auch die actio negatoria und diesen Zeitpunkt von dem Anfange des dreißigjährigen Quasibesitzes der Servituten berechnet. Man führt dafür an (Unterholzner §. 204. 18.) const. 3. de praescr. 30 vel 40 ann. aus einer Verordnung des jüngeren Theodosius.

Sicut in rem *speciales*, ita de universitate ac personales actiones ultra 30 annorum spatium minime protecdantur: sed si qua res, vel *jus* aliquod *postuletur*, vel persona qualiamque actione vel persecutione *pulsetur*, nihilominus erit agenti 30 annorum praescriptio metuenda.

Quae ergo non antea motae sunt actiones, 30 annorum jugi silentio, ex *quo jure competere* coeperunt, videndi ulterius non habeant facultatem.

Die actio negatoria gehört allerdings zu den actt. in rem, aber nicht zu jenen actt. in rem, von welchen die const. spricht, per quas *jus aliquod postulatur*, diese Bezeichnung paßt allein zur actio confessoria. Der dominus, der die negatoria anstellt, agere videtur magis de *suo* jure, quam alieno f. 5. si ususfr. petetur, seine Klage, die von dem Eigenthumsrechte unzertrennlich ist, dauert so lange, als das Eigenthum, bis dahin, daß eine Beschränkung des Eigenthums durch das Recht eines Andern nachgewiesen ist. Ein Anfangspunkt für die Klage, ein Zeitpunkt, ex quo jure competere coepit, läßt sich deshalb auch nicht angeben. Der dreißigjährige Besitz einer Servitut, der nicht zu den Erwerbungsarten gehört, hat

demnach nur in so fern Wirkung gegen den dominus, qui negat servitutem, als er mit einem Titel a non domino und andern Erfordernissen zur Erwerbung eines beschränkenden Rechts verbunden ist.

§. 35.

Demnach ergiebt sich als Resultat dieser Untersuchung, daß ursprünglich alle Servituten jure i. e. a domino nach römischer Form bestellt werden mußten, daß die actio confessoria von dieser Bestellung allein abhängig war, daß nach Beseitigung der älteren Vertragsformen die Bestellung a domino immer noch erfordert wurde, daß aber auch die quasi traditio a non domino durch longa quasi possessio ein dingliches Recht, eine actio confessoria utilis bei affirmativen Servituten gab, daß außerdem die Erhaltung fortdauernder, erkennbarer, seit unvordenklicher Zeit bestehender Anlagen, vermöge quasi servitus eintrat, daß dagegen die dreißigjährige Verjährung ohne Titel bei Servituten dem römischen Rechte völlig unbekannt ist. —

Von der Fortdauer des römischen Rechts in den germanischen Staaten zeigen sich in dieser Lehre keine besonders erhebliche Spuren; eine ursprünglich deutsche Grundlage ist auch nicht vorhanden, cf. Unterholzner Verjährungslehre §. 21. 22. 23. 144., Eichhorn Rechtsgeschichte §. 59. 200., Grimm Rechtsalterthümer S. 559. — Wir gehen demnach über zu den Ansichten über römisches Recht seit der Wiederherstellung rechtswissenschaftlichen Studiums und zu deren Einflusse auf das wirkliche Leben.

§. 36.

Die Glossatoren gründen ihre Theorie auf f. 14. de serv. Paulus ad Sabin. Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et *ideo* usu non capiuntur, vel *ideo* quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. *Idem* et inservitutibus praediorum urbanorum observatur.

Offenbar hat diese Stelle nur die Ausschließung der usucapio zum Gegenstande, weil die Servitut eine unkörperliche Sache ist, bei welcher weder eigentliche traditio, noch eigentliche possessio vorkömmt. Man verwechselte die usucapio mit der longi temporis quasi possessio, nahm diese als Erwerbungsart an, wo sie nicht durch den Grund, *certam continuamque possessionem* non adesse, ausgeschlossen war, und unterschied, indem man die Stelle der Theorie von Ersitzung der Servituten zum Grunde legte, zwischen servitutes continuae und discontinuae, sowohl bei persönlichen und dinglichen, als bei affirmativen und negativen Servituten.

Servitus *continua* ist nach dieser Ansicht, quae censum perpetuam atque continuam habet et absque continua humana opera semper est in usu, sive actu sive potentia. Ususfructus, usus, jurisdictio werden dahin gerechnet, quia *animo* possideri solent: causa quasi perpetua gilt der causa perpetua gleich; jene tritt ein, wo die Einwirkung nicht fortdauernd ist, z. E. bei der servitus stillicidii. — Servitus *discontinua* ist, cujus non est continua possessio.

Nach der Ansicht der Glossatoren können affirmative servitutes *continuae* durch 10- und zwanzigjährige Ausübung, selbst ohne Titel, erworben werden, diese muß aber nach der Auslegung von const. 2. de serv. statt gefunden haben *sciente* et non prohibente domino. Was die negativen Servituten betrifft, so findet eine solche Verjährung ebenfalls Anwendung, doch incipit currere ab eo tempore, quo vicinus *coepit aedificare* et tu prohibuisti jure hujus servitutis, non prius. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so kann allein eine dreißigjährige Verjährung zufolge fortdauernden Besitzes eintreten. Bei den Wasserleitungen nehmen Einige im f. 1. §. 23. de aq. pluv. eine specielle Bestimmung an und fordern Unvordenklichkeit. — Die servitutes *discontinuae* werden auf den Grund eines Titels ebenfalls durch 10, 20jährigen Besitz erworben; es wird auch der Fall erwähnt si quis contendat sibi constitutam esse talem servitutem *ex titulo*, nec id probare possit per testos vel instrumenta et in *adminiculum* suae intentionis inducat *conjecturas*;

quia usus est servitute praedii domino sciente et non contradicente per 10 vel 20 annos, *praesumatur* servitus constituta ex causa quam praetenditur praecessisse. In Ermanglung des Titels können die servitutes discontin. erworben werden durch unvordenklichen Besitz, *qui semper est pro titulo.* Zum unvordenklichen Besitze wird nach der Ansicht jener Zeit ein dreißigjähriger Zeitraum erfordert.

Die Ansicht der Glossatoren war bis zum 16ten Jahrhundert in den Ländern Europa's, in welchen das römische Recht recipirt worden ist, allgemein verbreitet. Das Ansehen der Glosse war damals so groß, daß man sie in allen Gerichten befolgte, und selbst die Rechtslehrer, wenn sie die angenommenen Ansichten für unrichtig hielten, davor warnten, sich von ihnen zu entfernen. Cf. z. E. Repetitio Martini Laudensis in fr. 14. de serv. ad c. 2. de serv. „quod licet ipse teneat *contra* glossam, tamen in *judiciis* non renderemus a glossa." Ueber die Verjährung der serv. *continuae* bildete sich gleichwohl eine einförmige Praxis nicht anders als dahin, daß man allgemein fortwährend zur Erwerbung solcher Servituten eine dreißigjährige, fehlerfreie Ausübung, animo possidendi, mit dem guten Glauben des canonischen Rechtes, für hinreichend hielt; was dagegen die serv. *discontinuae* betrifft, so finden wir die bestimmtesten Zeugnisse, daß bis auf die neueren Zeiten in Ermanglung eines Titels oder darauf gegründeter Ersitzung, unvordenklicher, redlicher und fehlerfreier Besitz zu deren Erwerbung für hinreichend gehalten wurde. Diesen allgemeinen, bei den höchsten Reichsgerichten angenommenen Gerichtsgebrauch bezeugen auch solche Schriftsteller, welche mit jener Theorie nicht einverstanden sind und warnen zugleich vor der Erschütterung der alten, weitverbreiteten Grundsätze. Aus der großen Zahl solcher Zeugnisse mögen hier nur folgende eine Stelle finden:

Schilter praxis jur. Rom. in germ. foro adtit. de serv. „consultius duco *receptam hanc in foro* sententiam sequi, quam" etc.

Brunnemann ad Pand. si serv. vind. „immemorabilem praescriptionem servitutium discontinuarum *usu*

receptam esse, licet refutata sit a modernis. Sed non suaserim, ut a *communi* sententia in pronunciando quis recedat, *nisi aliculis receptum*, ut omnes servitutes longo tempore adquirantur.

Mevius Decis. IX. dec. 164. Quam opinionem ut rationi convenientiorem, communiorem et cum *alibi* in praxi forensi, tum etiam in *camera* receptam in summo tribunali placuit: ita de hac opinione sentiunt et scribunt practici germanici in foro diu versati.

Köppen Decis. 57. N. 73. *consors* omnium opinio in praxi — ita recepta est.

Stryk us. modern. ad tit. de serv. *Unanimi* Practicorum approbata est sententia — discontinuas servitutes non longo tempore adquiri, sed hic adhuc opus esse praescriptioni immemoriali, quam praxin *camera* imperialis recepit. — Quapropter in foro ab hac *consuetudine* in pronunciando non discedendum, cum haec optima legum interpres sit. Vgl. Glück Commentar Bd. 9. S. 150.

§. 37.

Diese Praxis war nicht nur allgemein in Deutschland, sondern auch in andern europäischen Ländern, welche das römische Recht angenommen haben, z. E. in Italien, vgl. Caepolla de servitut. in Spanien, Stryk us. mod. l. c. in Frankreich (§. 38.). — Diese Ansicht ging über in das canonische Recht c. 26. X. de verb. sign., wo von Hoheitsrechten, z. E. Wegezöllen, Nutzungen der Salzquellen, Geleitsgefällen die Rede ist: illa esse interdicta, quae non apparent imperatorum vel regum, vel ex antiqua consuetudine, a tempore *cujus non extat memoria*, introducta. C. 1. de praescr. in 6to ecclesias et *decimas* in einem fremden Sprengel betreffend: est necessarius *titulus*, qui possessori causam tribuat praescribendi: nisi tanti *temporis* adlegetur probatio, *cujus contrarii memoria non* extat. Die Fortdauer des guten Glaubens wurde vorgeschrieben c. 5. caus. 34. qu. 1. c. 5. ult. X. de praescr. vgl. Unterholzner Verjährungslehre §. 98. 210. — Vom unvordenklichen Besitze finden sich Spuren in den deutschen

Reichsgesetzen, aurea bulla cap. 8. §. 1. Reichsabschied von 1548. §. 56. Instr. pac. osnabr. V. 27. XV. 2. Unterholzner l. c. §. 141.

Die Ansicht der Glossatoren wurde in eine sehr große Zahl von Territorialgesetzgebungen aufgenommen, von welchen hier nur ein Beispiel angeführt werden mag. Das trierische Landrecht XXII. §. 2. 14. nimmt bei einer servitus continua, dem Fensterrechte, die Erwerbung durch dreißigjährigen Besitz an, verweiset übrigens bei den serv. continuis auf das gemeine Recht und fügt hinzu: „was die Weid und dergleichen Gerechtigkeiten, welche servitutes discontinuae genannt werden, betrifft, kann niemand dieselbe ohne Titel, als durch eine Verjährung von unvordenklicher Zeit erwerben; im Falle aber der Besitzer mit einem Titel versehen, kann er solche in gewöhnlicher Präscriptionszeit, als zehen Jahren zwischen Gegenwärtigen und zwanzig Jahren zwischen Abwesenden erhalten." Die dreißigjährige Verjährung wird im §. 15. ausdrücklich ausgeschlossen.

§. 38.

Von besonderem Interesse scheint eine nähere Angabe der Grundsätze zu seyn, welche in Frankreich über die Verjährung der Servituten angenommen waren. Im pays de droit *écrit* erkannte man den Unterschied der Glosse zwischen serv. continuae et discontinuae an. Nach f. 10. §. 1. de usufr. (§. 19.) war bei den serv. *continuis* die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen und ein dreißigjähriger Besitz zur Erwerbung erforderlich. Bei verborgenen, nicht sichtbaren Servituten fand eine Verjährung gar nicht statt. Servitutes *discontinuae* konnten in Ermanglung eines Titels a non domino nur durch unvordenklichen Besitz erworben werden, cf. Joh. Paponii decis. lib. 12. tit. 3. de praescr. lib. 14. tit. 1. de serv. Argun inst. du dr. français II. cap. 10. — Im pays du droit *coutumier* ist bei körperlichen Sachen überall die römische Verjährung eingeführt, bei Servituten dagegen bis auf einige Ausnahmen völlig ausgeschlossen. Nur ausdrückliche Bestellung a domino konnte eine Servitut be-

gründen, eben so wie in den ältesten Zeiten zu Rom (§. 2. 9) und auch in Deutschland (§. 35.).

Das Gewohnheitsrecht von Paris, welches als ein gemeines Recht der France du droit coutumier angesehen werden kann, (Argou II. 7.) drückt sich in der älteren Redaction von 1510 folgendermaßen aus: art. 80 un voisin ne peut acquérir sur son autre voisin *aucun* droit de servitude, sans titre, par quelque laps de tems qu'il en ait joui art. 87. par lesdits usage et coutume droit de servitude ne s'acquiert *point par prescription* ou longue jouissance, qu'elle suit sans titre. Der Art. 186. der neueren Redaction bestätigt dieses mit den Worten: droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance, qu'elle qu'elle suit, sans titre, encore que l'on en ait joui cent ans. Im Coutumier général von Dumoulin findet sich nur in den coutumes von Meaux, Vitry en Partais, Chalons, Rheims, Nivernois, Menetan sur Cher, Berry, La Marche der Einfluß des römischen Rechts auf Verjährung von Servituten.

§. 39.

Der deutsche Gerichtsgebrauch geht demnach dahin, daß bei den serv. continuis neben der römischen longa quasi possessio affirmativer Servituten (§. 16.), angewandt auf negative Servituten unter den Bedingungen der Glosse (§. 36.), neben der vetustas operum, quorum memoria non exstat, noch eine dreißigjährige Ausübung des Rechts animo possidendi, non vi, non clam non precario, verbunden mit bona fides nach canonischem Rechte, als erwerbende Verjährung besteht, die (§. 34.) dem römischen Rechte unbekannt ist. Bei den servit. discont. findet die römische longa quasi possessio ebenfalls Anwendung, in deren Ermanglung wird aber allgemein die praescriptio immemorialis zugelassen, die das römische Recht so wenig anerkennt, als die *praescr.* 30 *ann.* bei *serv. continuis.* Ausnahmen begründen nur Territorialgesetzgebung oder in einzelnen Territorien vollkommen ausgebildeter und befestigter Gerichtsgebrauch.

Die Kraft des deutschen Gerichtsgebrauchs in Fällen, wo es auf die Auslegung zweifelhafter Gesetze ankömmt, ist in neueren Zeiten bestritten worden; diese richtige, eigenthümlich deutsche Rechtsquelle würde in dem gegenwärtigen Zeitabschnitte eine ausführliche Bearbeitung verdienen; dieselbe liegt aber außer dem Kreise dieser Entwickelung.

§. 40.

Das allgemeine Landrecht Th. I. Tit. 9. §. 579. *sqq.* wendet gleich dem römischen Rechte die Grundsätze über die Verjährung des Eigenthums auf die Servituten an, berücksichtigt überdem die deutsche Praxis bei negativen Servituten, deren Verjährung ebenfalls gestattet ist, ferner bei der dreißigjährigen Verjährung, die keinen Titel erfordert; es nimmt eine vierzigjährige Verjährung an bei Rechten, die nicht in jedem Jahre ausgeübt worden, in gewissen Fällen auch eine fünfzigjährige; guter Glauben des Besitzers wird überall vorausgesetzt.

Das französische Gesetzbuch legt das ältere französische Recht zum Grunde und unterscheidet Art. 690 folgg. zwischen servitus continua et apparens, die entweder a domino bestellt werden muß oder nur durch dreißigjährige Ausübung erworben werden kann und servitus discontinua, welcher die servitus continua non apparens gleichgestellt wird, die allein auf der Bestellung a domino beruht.

Das östreich. Gesetzbuch §. 1466. folgg. stellt die Verjährung der Servituten jener der Immobilien gleich; bei Rechten, welche in die Hypothekenbücher eingetragen worden sind, ist zur Erwerbung ein dreißigjähriger Zeitraum, bei andern Rechten dreißigjähriger redlicher Besitz erforderlich.